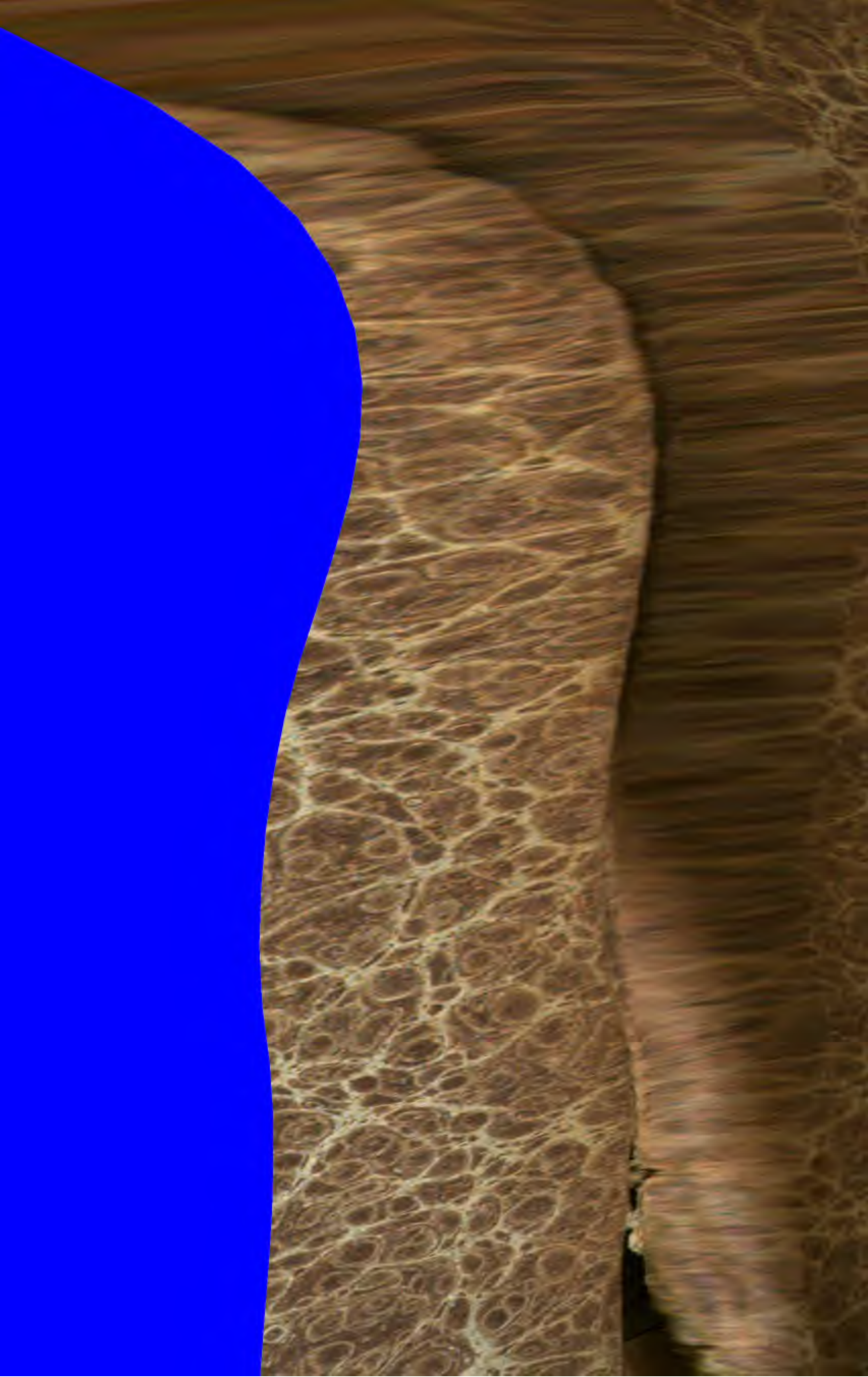


LA REVISIÓN

DEL

CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

LA REVISIÓN

DEL

CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

POR

AUGUSTO COMAS

CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL EN LA UNIVERSIDAD DE MADRID
EX DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA MISMA
VOCAL DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN
DE LA COMISIÓN DE CODIFICACIÓN DE LAS PROVINCIAS DE ULTRAMAR
Y DE LA COMISIÓN CODIFICADORA DE LA ARMADA
ABOGADO DEL ILUSTRE COLEGIO DE MADRID
SENADOR VITALICIO
CONSEJERO DE INSTRUCCIÓN PÚBLICA

MADRID
Imprenta del Asilo de Huérfanos del Sagrado Corazón de Jesús,
Calle de Juan Bravo, 5.
1902

PARTE ESPECIAL

LA REVISION DEL CODIGO CIVIL

La reforma del Código civil en lo referente al articulado de su libro 2.°

A semejanza de lo hecho en la Parte especial de la primera publicación referente á esta obra, que, como es sabido, abarca el título preliminar y libro 1.° del Código civil, corresponde ahora, en esta segunda publicación dedicada al libro 2.° del Código, señalar en su Parte especial las reformas ó modificaciones que á mi juicio deben hacerse en los artículos que áquél comprende, no ya sólo para ponerlo en harmonía con el sistema por el cual se desenvuelve en el Proyecto que acompaño la doctrina relativa á las materias que constituyen el tratado de bienes y las instituciones fundamentales relativas á los mismos, como la propiedad y las obligaciones, sino para salvar aun las dificultades relativas á su inteligencia ó interpretación y á su aplicación práctica que por diversas circunstancias, y muchas veces por falta de verdadera unidad en el desenvolvimiento del propio criterio con que el Código los ha formulado, ofrecen gran parte de sus artículos.

No hay que perder de vista la separación que desde dicha primera publicación procuré establecer entre los tres tomos que comprende. Dediqué uno de ellos (el tercero) á presentar la parte del Proyecto á que hace referencia (las

fuentes del derecho y el sujeto del derecho), así en todo lo concerniente á su estructura, fijando, al efecto, las instituciones que constituyen el desarrollo de dichas dos materias jurídicas y el orden bajo el cual debe procederse en su desenvolvimiento, como en todo lo relativo á su forma preceptiva ó articulado, trazando su doctrina por el mismo orden establecido para sus instituciones respectivas.

Me ocupé en el otro (el primero) de cuanto en dicho Proyecto constituye su parte general, á saber: la estructura ó sistema de exposición, el contenido de sus libros é instituciones correspondientes y el orden necesario é indispensable entre todas para la verdadera unidad del asunto que constituye la materia del Proyecto (el derecho civil); por más que ante la necesidad de establecer la debida comparación entre el Proyecto y el Código para responder al objeto de esta obra, ó sea la Revisión del Código civil, hube de dedicar dicha parte general á la exposición y justificación de las materias que á mi juicio deben venir contenidas en las partes del Código destinadas á tratar de las fuentes y del sujeto de derecho, para señalar después, mediante la comparación de este criterio con el seguido en el Código en su título preliminar y libro 1.°, la manera de acomodarlo al trazado del Proyecto, fijando al efecto que instituciones de las que comprende el Código debían continuar formando parte de dichas dos secciones del mismo, cuáles debían eliminarse de ellas y cuáles ser incluídas en las mismas para completar el cuadro respectivo de los libros que, según el Proyecto, debe contener el Código civil.

Y traté, por último, en el otro (el segundo tomo), denominado Parte especial, de la comparación entre el articulado del Código y el del Proyecto, para acomodar á éste el contenido de aquél, si bien tomando para ello por base el orden del articulado del mismo Código, tanto para su-

plir sus deficiencias acerca de las instituciones que desenvuelve, como para aclarar su inteligencia y evitar las dudas á que da lugar la confusión de conceptos que se observa en muchos de sus artículos, sobre todo teniendo en cuenta la falta de un verdadero tecnicismo jurídico respecto á multitud de materias que en ellos tienen denominaciones muy distintas.

Pero al proceder de esta suerte en la Parte especial de la primera publicación, pude atenerme exclusivamente al referido orden del Código, por la circunstancia de que las materias que debían ser incluídas en el título preliminar y libro 1.° de dicho cuerpo legal, no aparecían reguladas en ninguno de los demás libros que informan su contenido.

No sucede, sin embargo, lo propio en la Parte especial de que ahora me ocupo.

El libro 2.° del Código ha debido comprender instituciones que prescindiendo, por de pronto, del criterio y extensión con que han sido reguladas, aparecen tratadas en otro libro distinto (el 4.°), según sucede con las modificaciones referentes al derecho de propiedad que llevan consigo el anticresis (cap. 4.°, tít. 15, libro 4.°) y el arrendamiento inscrito, así como con la materia que constituye el tratado de la propiedad imperfecta generalmente conocida bajo el nombre de cargas y gravámenes, cuyo contenido forman los censos (tít. 7.° de dicho libro 4.°), la hipoteca y la prenda (capítulos 1.°, 2.° y 3.° del citado tít. 15 del mismo libro 4.°), é igualmente con la parte general de las obligaciones, que comprende los tres primeros capítulos del tít. 1.° del mencionado libro 4.° de nuestro Código civil.

Para presentar, pues, con la debida unidad estas distintas partes que completan la doctrina de las instituciones correspondientes al tratado de los bienes, se hacía indispensable ocuparse de los artículos del Código refe-

rentes á las instituciones que se acaban de indicar, como inclusiones que deben hacerse en el libro 2.° de dicho Cuerpo legal, al propio tiempo en que se hiciera de los artículos que constituyen el contenido del mismo. Es más, era preciso tener presente la necesidad de referir cada una de dichas instituciones complementarias al respectivo grupo á que por su naturaleza corresponde, conforme revela en su estructura el Proyecto que acompaño, según el cual aparecen el anticresis y el arrendamiento inscrito formando parte de las servidumbres personales, que responden al grupo de instituciones que constituyen en el libro 2.° del Código el usufructo, el uso y la habitación (tít. 6.°, libro 2.°), así como aparecen los censos, la hipoteca y la prenda, caracterizando la materia de la propiedad imperfecta á continuación de la propiedad menos plena, que lo está por las servidumbres, y por fin las obligaciones, que por oposición al derecho de propiedad, y completando á su vez el tratado de los bienes, trazan el régimen relativo al modo ó forma como éstos se significan cuando consisten en actos ó en la actividad comprometida.

He aquí por qué he considerado que para exponer en esta Parte especial, en que procuro acomodarme al mismo orden de los artículos del Código civil, la referida inclusión que á mi juicio corresponde hacerse en la materia de que trata el libro 2.° de dicho Código de aquellas instituciones que aparecen en su libro 4.°, debía proceder extendiendo el contenido del tít. 6.° del mismo libro 2.° á las citadas instituciones relativas al anticresis y al arrendamiento inscrito, intercalando un título adicional entre el 7.° y 8.° para los artículos de las instituciones referentes á las cargas y gravámenes, y añadiendo otro título adicional para aquellos que hacen relación á la parte general de las obligaciones.

LIBRO SEGUNDO DEL CÓDIGO CIVIL

De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones.

Este enunciado por sí solo revela la insuficiencia de las materias contenidas en este libro.

Reducir á la propiedad y á sus modificaciones el régimen del derecho de bienes, equivale á declarar que para el Código sólo tienen esta condición jurídica aquellos objetos ó elementos útiles susceptibles de apropiación.

De esto á consignar que sólo las cosas pueden ser objeto de derecho, y por tanto, que únicamente en ellas se encierre todo el interés jurídico de los bienes, no hay verdadera diferencia.

Pero la sola indicación de este criterio revela desde luego el error que necesariamente envuelve, toda vez que para su exactitud sería indispensable que todo derecho recayera única y exclusivamente en las cosas.

El dilema en este punto es concluyente.

Si sólo la cosa constituye el elemento útil de cualquier derecho, no hay ni puede haber verdadero derecho sin cosa en la que se cifre su respectivo interés.

La rudeza de semejante enunciado excluiría resueltamente del orden jurídico toda clase de derechos personales.

No habría términos hábiles más que para la existencia de los derechos reales; como que únicamente en éstos se dan las notas que acabo de referir.

Ahora bien; ¿cabe realmente sustentar la opinión de que en el orden jurídico no quepa otra manifestación de derecho que la de los derechos reales?

rentes á las instituciones que se acaban de indicar, como inclusiones que deben hacerse en el libro 2.° de dicho Cuerpo legal, al propio tiempo en que se hiciera de los artículos que constituyen el contenido del mismo. Es más, era preciso tener presente la necesidad de referir cada una de dichas instituciones complementarias al respectivo grupo á que por su naturaleza corresponde, conforme revela en su estructura el Proyecto que acompaño, según el cual aparecen el anticresis y el arrendamiento inscrito formando parte de las servidumbres personales, que responden al grupo de instituciones que constituyen en el libro 2.° del Código el usufructo, el uso y la habitación (tít. 6.°, libro 2.°), así como aparecen los censos, la hipoteca y la prenda, caracterizando la materia de la propiedad imperfecta á continuación de la propiedad menos plena, que lo está por las servidumbres, y por fin las obligaciones, que por oposición al derecho de propiedad, y completando á su vez el tratado de los bienes, trazan el régimen relativo al modo ó forma como éstos se significan cuando consisten en actos ó en la actividad comprometida.

He aquí por qué he considerado que para exponer en esta Parte especial, en que procuro acomodarme al mismo orden de los artículos del Código civil, la referida inclusión que á mi juicio corresponde hacerse en la materia de que trata el libro 2.° de dicho Código de aquellas instituciones que aparecen en su libro 4.°, debía proceder extendiendo el contenido del tít. 6 ° del mismo libro 2.° á las citadas instituciones relativas al anticresis y al arrendamiento inscrito, intercalando un título adicional entre el 7.° y 8.° para los artículos de las instituciones referentes á las cargas y gravámenes, y añadiendo otro título adicional para aquellos que hacen relación á la parte general de las obligaciones.

LIBRO SEGUNDO DEL CÓDIGO CIVIL

De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones.

Este enunciado por sí solo revela la insuficiencia de las materias contenidas en este libro.

Reducir á la propiedad y á sus modificaciones el régimen del derecho de bienes, equivale á declarar que para el Código sólo tienen esta condición jurídica aquellos objetos ó elementos útiles susceptibles de apropiación.

De esto á consignar que sólo las cosas pueden ser objeto de derecho, y por tanto, que únicamente en ellas se encierre todo el interés jurídico de los bienes, no hay verdadera diferencia.

Pero la sola indicación de este criterio revela desde luego el error que necesariamente envuelve, toda vez que para su exactitud sería indispensable que todo derecho recayera única y exclusivamente en las cosas.

El dilema en este punto es concluyente.

Si sólo la cosa constituye el elemento útil de cualquier derecho, no hay ni puede haber verdadero derecho sin cosa en la que se cifre su respectivo interés.

La rudeza de semejante enunciado excluiría resueltamente del orden jurídico toda clase de derechos personales.

No habría términos hábiles más que para la existencia de los derechos reales; como que únicamente en éstos se dan las notas que acabo de referir.

Ahora bien; ¿cabe realmente sustentar la opinión de que en el orden jurídico no quepa otra manifestación de derecho que la de los derechos reales?

propio criterio del Código no todos los derechos son apropiables, y que, dada la distinción entre derechos reales y derechos personales, es forzoso convenir en que, por lo menos, estos últimos resultan excluídos del derecho de propiedad y, por tanto, de la condición jurídica de cosas, que es precisamente lo que hace poco hacía notar al ocuparme de la insuficiencia que respecto á la materia que debe comprender el tratado de los bienes ó de la utilidad jurídica revela el mismo enunciado del libro 2.° de nuestro Código civil.

Conduciendo este, como queda dicho, á la idea de que no hay derecho sin cosa en que radique su interés, y revelando, por otra parte, el citado art. 437 del mismo Código, que existen derechos sin cosa en que se cifre su utilidad, y por tanto, que hay bienes no susceptibles de apropiación, es indudable que, aun dentro del mismo criterio del Código, ni el concepto de bienes puede ser sinónimo de cosas, ni la propiedad y sus modificaciones pueden constituir por sí solas las instituciones que ha de comprender el tratado de los bienes.

La propiedad y sus modificaciones son, ciertamente, instituciones relativas á los bienes susceptibles de su apropiación; pero para los no susceptibles de apropiación no resulta en el libro 2.° del Código forma jurídica adecuada á su especial naturaleza, que, como es sabido, radica en los actos ó materia de las obligaciones como elementos en los cuales estriba la utilidad de los derechos personales correlativos de las mismas.

Véase, pues, cómo, aun teniendo en cuenta los preceptos del mismo Código, no puede menos de venirse á reconocer la deficiencia de su libro 2.°, si como expresa al declarar, ante todo, que se ocupa de los bienes, ha de informar su contenido todo cuanto se refiere al objeto del derecho ó materia útil de las relaciones jurídicas.

Por esto hacía presente en la Parte general que, por no

venir tratadas las obligaciones en el lugar que les corresponde, completando, al efecto, las instituciones referentes al tratado de los bienes, resultaban colocadas, sin saber por qué, entre los llamados modos de adquirir la propiedad y los contratos, y lo que es peor, calificadas de manera muy distinta á la que es peculiar de su función en el derecho, confundiéndolas con los hechos ó relaciones jurídicas, presentándolas como si sólo pudieran vivir en el contrato y resumiendo como en un solo grupo la doctrina general de las obligaciones característica de su verdadera función jurídica, con la referente á las relaciones por las cuales puede tener lugar su extinción y los hechos ó medios por los que se realiza lo que el Código designa con el nombre de prueba de las obligaciones.

TÍTULO PRIMERO

De la clasificación de los bienes.

No hay que decir que el concepto de bienes á que reduce el Código la materia de este libro había de llevar consigo la impropiedad en el enunciado de este título primero.

De haberse fijado en el verdadero valor jurídico atribuído á semejante concepto, habría procedido con más exactitud, y sobre todo dando una idea más práctica de su contenido, designándolo con el nombre «De la clasificación de las cosas».

Así lo demuestran las propias palabras con que comienza el único artículo comprendido en lo que llama «Disposición preliminar».

A las cosas únicamente se refiere como género ó unidad de las dos ramas que designa con los nombres de bienes muebles é inmuebles.

Prescindiendo, sin embargo, por de pronto, de este particular, no puedo menos de llamar la atención sobre lo expuesto acerca de este punto en la Parte general; pues aun reducida la clasificación de los bienes simplemente á la clasificación de las cosas, resulta sumamente diminuta la diversa consideración jurídica que á las mismas se atribuye, como si en el derecho no pudieran desempeñar otra función que la que es consecuencia ó de su inmovilización por sujeción al suelo, ó de la movilidad de todas aquellas en que no concurre semejante condición.

Esta falta de criterio, en cuanto al verdadero interés que tiene y no puede menos de tener la clasificación de los bienes, y por lo tocante al Código la clasificación de las cosas, se revela en el mismo Código por multitud de artículos que necesariamente han de hacer referencia al valor jurídico de las cosas independientemente de su condición de muebles y de inmuebles.

A pesar de haber reducido dicha clasificación á los simples enunciados de bienes inmuebles y bienes muebles, y de dividir á estos últimos en fungibles y no fungibles, es lo cierto que, en muchos de sus artículos, el legislador no ha podido prescindir de hablar de las cosas divisibles, de las principales, de las cosas ó bienes que denomina incorporales, etc., etc., calificativos todos que carecen de concepto legal, cuya necesidad, no obstante, se reconoce, y que, por lo mismo, ofrece forzosamente el problema motivado por la deficiencia de la clasificación de las cosas, al tener que buscar su valor jurídico en las disposiciones que acerca de dichos conceptos comprendía nuestra antigua legislación, ó de acudir, prescindiendo de las fuentes del derecho positivo, á cuanto acerca de los mismos se haya reconocido por nuestros tratadistas ó la ciencia del derecho en general.

No necesito encarecer la importancia de una clasificación completa, cuando á sus diversos miembros es indis-

pensable acudir al formular los preceptos de toda legislación.

Hice á este propósito las indicaciones correspondientes en la Parte general, y en ella he señalado, por las diversas funciones que desempeñan las cosas, independientemente de su condición de muebles ó inmuebles, los demás particulares que ha de comprender su clasificación, así en cuanto á aquellas funciones que aun de antiguo les están reconocidas, como en atención á las que modernamente han venido á ser estimadas en la esfera del derecho por las peculiares condiciones de los efectos al portador.

Artículo 333.—He aquí un precepto que como disposición única ó base capital para el desarrollo de la llamada, por el Código, clasificación de los bienes, no puede presentar carácter de mayor indeterminación.

Las circunstancias que contribuyen á ella son casi tantas como las palabras que contiene; pero principalmente puede decirse que se reducen á tres, á saber: lo que llama cosas, lo que designa con el nombre de apropiación, y lo que el mismo Código manifiesta al declarar que sólo reputa á las cosas bienes muebles ó inmuebles.

¿Qué son cosas en el orden del derecho privado? ¿Cuál es su límite en el orden natural utilizable por el derecho? ¿Qué diferencia existe entre ellas como elemento jurídico y los demás elementos útiles mediante los cuales la vida del derecho se realiza?

Nada de esto es posible averiguar por la doctrina del Código. Su silencio es absoluto sobre todos estos particulares, y son ellos precisamente, como su propia indicación revela, la materia sin la cual no cabe juicio exacto acerca del contenido restante del mencionado artículo.

Pero la dificultad se agranda al querer desentrañar el verdadero valor y alcance de dicho precepto legal, al observar, como decía, que la misma indeterminación re-

sulta en lo que se refiere al concepto de la apropiación.

Sobre esto también el silencio del Código es completo.

Habla de la apropiación en este artículo, como la menciona también en el art. 437; pero ni con ocasión de ocuparse de las cosas, ni al hacerlo de la propiedad, ni tampoco al tratar de la posesión señala cualidad alguna por la que quepa apreciar qué es la apropiación técnicamente considerada y qué notas diferenciales estima el legislador entre ella, la propiedad y la posesión.

No parece sino que el Código parte del supuesto de que cuantos están llamados á la observancia de sus preceptos tienen un criterio tan perfecto acerca de los elementos fundamentales en que ha de descansar el orden jurídico, que resulte propiamente innecesario fijar el valor técnico de semejantes elementos.

Aun así no cabría prescindir de la determinación, pues la unidad de doctrina en los distintos cuerpos legales, y muy señaladamente al informar uno tan importante como el Código civil, requiere que lo mismo para mantener constantemente identidad de juicio en la redacción de sus preceptos, que para evitar interpretaciones contradictorias á causa del diverso criterio que puede existir entre el legislador y los llamados á la observancia de las leyes, procuren éstas fijar el sentido genuino de sus elementos esenciales y de sus instituciones fundamentales, si es que no se proponen que acerca de todo ello se acuda á otras ramas de la legislación por las que resulte atendida esta verdadera necesidad.

¿Se ha propuesto el Código dejar en vigor acerca de dichos particulares las disposiciones de nuestra antigua legislación que más concreta y directamente se refieren á los mismos?

Sobre que difícilmente llenarían las exigencias del moderno derecho, no puede creerse que el Código mantenga

en vigor aquellos preceptos después de lo prevenido en su disposición final derogatoria.

De todos modos es lo cierto que, á pesar de la capital importancia que tiene el asunto sobre que versa el artículo 333, en muy pocas y quizás en ninguna otra de las disposiciones del Código aparece tan desprovisto de criterio práctico su respectivo contenido.

Varios son los artículos del Proyecto que acompaño que desenvuelven esta importantísima materia.

Tratando de los bienes, de las cosas en general y aun de éstas consideradas en su género, especie y cantidad, formúlase por el Proyecto la doctrina referente á este asunto, que sirve de base á la clasificación y que, completada con las disposiciones relativas á la apropiabilidad de las cosas, da la norma para la ordenación del régimen de la propiedad.

Pero en lo que la indeterminación de este artículo del Código aparece más de bulto, es en su última parte, por la cual dice que se *consideran* como bienes muebles ó inmuebles las cosas á que hace referencia.

Sin duda el legislador no se atrevió á afirmar que las cosas á que se refiere sean muebles ó inmuebles. Estimó, por lo visto, que sólo era posible *considerarlas* como tales, demostrando por esta misma incertidumbre con que procedía que, aun cuando tenga, como tiene, base real y positiva la distinción entre muebles é inmuebles, es ésta insuficiente para la clasificación de las cosas, por lo menos respecto á aquellas que, sin ser muebles ni inmuebles, necesita el legislador, según expresa este artículo, considerarlas incluídas en alguna de estas dos categorías.

Los fundamentos de esta necesidad son desconocidos; pero las palabras del legislador no dejan lugar á duda de que la clasificación de bienes muebles é inmuebles que se contiene en el Código no responde á la distinción que realmente existe entre unos y otros, sino á una idea des-

conocida que, según dice el legislador, le ha servido para *considerarlos* de una ú otra clase.

Esta sola circunstancia revela cuán justificada es la precisión de comprender, según se hace en el Proyecto, las distintas categorías relativas á la división ó clasificación de las cosas, teniendo presentes sus diversos elementos constitutivos y las variadas funciones que según ellos desempeñan para el aprovechamiento de su utilidad en el orden del derecho.

Por no haber procedido de esta suerte se vió, sin duda, precisado el Código á comprender entre los que designa como bienes inmuebles en el artículo siguiente á las minas, canteras y escoriales, mientras su materia permanece unida al yacimiento, é igualmente á las aguas vivas ó estancadas, y aun las concesiones administrativas de obras públicas, y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, siendo así que ni en cuanto á las aguas ni á las minas es posible prescindir de su naturaleza especial, distinta, por cierto, del carácter jurídico propio de lo mueble y de lo inmueble, ni las concesiones administrativas de obras públicas pueden confundirse con estas mismas obras, las cuales, aunque reunan las condiciones peculiares á los bienes inmuebles, no por ello sirven de obstáculo para que la concesión sea sólo el título correspondiente á su construcción, ó á su explotación ó disfrute, ni los derechos reales, aunque estén constituídos sobre bienes inmuebles, son verdaderos objetos ó cosas de naturaleza inmueble, sino manifestaciones ó formas del derecho de propiedad, cuyo concepto de bienes á lo más podría tener cabida en la clasificación relativa á las cosas corporales é incorporales.

El mismo Código no ha podido menos de reconocer la impropiedad de calificar, por ejemplo, á las minas, canteras y escoriales como tales inmuebles, cuando aun por ello se ha visto precisado á establecer en tal sentido

una categoría de difícil explicación ó inteligencia, señalándoles como condición para reunir semejante valor jurídico el que su materia, según dice, permanezca unida al yacimiento, cual si se reconociera la existencia de minas, canteras y escoriales cuya materia no permanezca unida al yacimiento, y cual si fuera también indiferente para el Código fijar, no sólo el concepto de las minas, sino la consideración jurídica que como cosas les corresponda independientemente de la referida condición por la cual les atribuye la consideración de inmuebles.

Hay más, pues á pesar de la minuciosa enumeración contenida en el artículo siguiente (art. 334), y del criterio bajo el cual resultan formulados los dos artículos (335 y 336) que se ocupan de los bienes que el Código reputa muebles, no hay medio apropiado de conocer á qué categoría corresponden en dicha clasificación de los bienes las obras científicas, literarias ó artísticas, y en una palabra, las producciones de la inteligencia, como lo son también los inventos industriales; siempre que no se incurra en la confusión, que sería aún más lastimosa que la omisión indicada, de tomar por sinónimo de la obra ó producto intelectual á lo que sólo constituye el mero ejemplar del mismo.

Si al fin el Código no comprendiera un capítulo destinado á tratar de la propiedad intelectual; si no hubiera de hacer uso como, por ejemplo, en el art. 428, de la designación de las obras literarias, científicas ó artísticas; si no estuviese en el caso de legislar sobre conceptos de bienes desconocidos en los preceptos en que trata de su clasificación, todavía cabía comprender la omisión indicada, á pesar de haber cimentado la división de las cosas ó bienes en la simple consideración de muebles ó de inmuebles.

Mas su falta de criterio sobre los objetos ó cosas cuya naturaleza especial requiere á su vez condiciones espe-

condición jurídica de los inmuebles, cual aparece, según el Código, en el número 10 de dicho art. 334, en que se designan las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, nada tendría que oponer á esta forma adoptada para su calificación, si no fuera lamentar que el Código enunciara como modelo de los derechós reales á la servidumbre, en lugar de fijarse en el dominio, como si se hubiera propuesto dar á entender que éste es lo menos y aquélla es lo más, y cuando tan fácilmente podía haber salvado toda dificultad en este punto no prescindiendo, como ha prescindido, de la calificación de cosas incorporales, tan tradicional en nuestra legislación (ley 1.ª, tít. 30, Part. 3.ª), y aun en la ciencia del derecho, y que abarca en común, sin distinciones ni preferencias, á todos los bienes que pueden considerarse comprendidos en el décimo de los enunciados del mencionado artículo 334.

A pesar del silencio que sobre las cosas incorporales guarda el Código en los pocos artículos que dedica á la clasificación de los bienes, no se crea, sin embargo, que ha prescindido de dicha denominación ó de hacer descansar en ella el valor de varios de sus preceptos.

En su art. 1.464, por ejemplo, explícitamente declara que, respecto á los bienes incorporales, rija lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 1.462. Mas es de advertir que este último artículo no trata en modo alguno de la calificación de dichos bienes, pues se refiere exclusivamente á la forma de verificar su tradición, que, en cierto modo, regula el Código al ocuparse de la entrega de la cosa en el contrato de compraventa.

Ciertamente que no es dicho lugar el oportuno para determinar qué es lo que debe entenderse por bienes incorporales y qué alcance deba atribuirse á semejante designación en el tecnicismo jurídico.

Tratándose de un cuerpo de doctrina como un Código civil, la clasificación de los bienes debía ser la clave para fijar su inteligencia; pero ya acabo de indicar que, en este punto, es completo el silencio del Código en los preceptos que dedica á dicha clasificación.

No le han movido á fijar el respectivo contenido de las cosas corporales é incorporales, ni la tradicional admisión que ha tenido en nuestro derecho semejante división, ni el asentimiento que acerca de ella han mostrado las legislaciones extranjeras, ni aun, como acabo de indicar, la necesidad en que se ha hallado de referirse á dicha designación, siquiera haya sido con motivo de una institución (la tradición) que no regula con franqueza.

Más aún, pues el concepto de lo incorporal como materia para la utilidad jurídica lo ha estimado igualmente indispensable al tratar, en el cap. 7.° del tít. 4.°, lib. 4.°, de la transmisión de créditos y demás derechos, según dice, incorporales.

Llamo la atención sobre este particular, porque es donde realmente sube de punto lo incomprensible del Código acerca del valor jurídico que atribuye á semejante designación.

Todavía se comprende que en el citado art. 1.464 hable de bienes incorporales después de haberse ocupado, en los artículos anteriores al mismo, de la entrega de las cosas, cual si se propusiera dar á entender que reputa incorporales los bienes que no consistan en cosas.

¿Cuáles serían en tal caso los bienes que conforme al Código reunieran la condición de no consistir en cosas?

Si para el Código, según se ha visto al tratar del artículo 333, no existen más bienes que cosas, ya se reputen muebles, ya inmuebles, es lo cierto que, aunque se ha empeñado en prescindir, al ocuparse de la clasificación de los bienes, de la relativa á cosas corporales y á cosas incorporales, se ha visto, no obstante, precisado á adop-

tarla, aunque lo haya hecho solamente con motivo del contrato de compraventa; porque hay que convenir en que no existe, según el Código, ninguna clase de bienes incorporales, y carecería, por lo mismo, de sentido y valor práctico lo prevenido en dicho art. 1.464, ó hay que tomar la designación de bienes incorporales por sinónimo de cosas incorporales, como término contrapuesto al de cosas corporales, aun cuando no se sepa en qué cifra el Código esta última consideración.

Sólo así podría afirmarse que el concepto de bienes incorporales, de que hace mención el citado art. 1.464, se refiere á las concesiones administrativas de obras públicas y á las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, así como á las rentas ó pensiones, oficios enajenados y contratos sobre servicios públicos, á que hace referencia el art. 336, como únicos elementos que en la enumeración de los bienes muebles é inmuebles contenida en el Código carecen de substancia material por la que pudieran ser calificados de cosas verdaderamente corporales.

Aun así, los bienes incorporales se reputarían cosas, según el Código; y he aquí lo que no puede menos de ofrecer fundadísimas dudas acerca de la exactitud que en esto pudiera haber, cuando se observa, según decía, que en el capítulo 7.° del tít. 4.°, libro 4.°, habla de lo que llama derechos incorporales, como si el Código admitiera la existencia de derechos corporales, y cupiera, según él, establecer una marcada distinción entre el alcance respectivo de unos y de otros.

Véase, pues, hasta qué punto resulta una verdadera confusión en el Código acerca de estos particulares, hallándose como se hallan barajados los nombres de cosas, derechos, bienes, bienes incorporales y derechos incorporales, sin que haya medio posible de conocer, ni el peculiar sentido de cada uno de estos términos, ni sus notas

diferenciales; por más que, como decía, se revele claramente que al rechazar el Código la tradicional distinción de las cosas en corporales é incorporales, ha caído en la referida confusión de atribuir este último concepto unas veces á los bienes y otras veces á los derechos, sin indicar siquiera la razón á que haya obedecido, ni formular criterio alguno que permita conocer cuál haya sido su propósito.

Pero lo delicado del asunto, según la calificación empleada por el Código en la clasificación de los bienes, consiste principalmente en reservar á la voluntad como elemento decisivo de la condición jurídica de éstos; siendo asimismo de lamentar que la gran variedad y confusión de conceptos en que descansa el valor jurídico de muchos de los preceptos del Código aparezcan igualmente en el citado art. 334, refiriéndose en uno de sus apartados al dueño, así como en otros al propietario, cuando es bien sabido que este último concepto es general á todos los derechos de propiedad, al paso que el de dueño es limitado ó exclusivo del derecho dominical.

Ahora bien: ya se tomen por sinónimas ó distintas estas diferentes calificaciones empleadas por el Código en la designación de las personas á cuya voluntad ó propósito hay que atenerse para estimar la condición jurídica de la cosa, siempre resulta que, siendo el propósito un elemento completamente interno, generalmente accidental y siempre fugaz ó pasajero, y aun susceptible de ser explotado según las conveniencias particulares, ni la ley, ni los Tribunales, ni mucho menos las personas á quienes interese establecer ó conservar algún derecho sobre las cosas inmuebles, pueden tener norma segura de la firmeza de su derecho ó del acierto de la resolución que están llamados á adoptar; quedando un punto tan importante, del que muchas veces depende toda la virtualidad de los derechos controvertidos, en la mayor incertidumbre, y lo que es peor, entre-

gado á la discreción del más interesado en explotar semejante vaguedad.

Parece imposible que tratándose de cosas inmuebles, en que su posición fija ha permitido el establecimiento del Registro, no se acertara á ver en éste el medio de salvar todos estos inconvenientes procurando la exteriorización de los propósitos del dueño ó propietario, ó del destino de las cosas que no resultan adheridas ó formando parte material del inmueble, en la inscripción correspondiente de éste en el Registro de la propiedad, sobre todo cuando, aparte de esta posibilidad, que evita todo engaño y hace desaparecer toda incertidumbre, la disposición del Código en este sentido, como la del Proyecto que acompaño, artículo 1.088, se habría ajustado, en vez de contrariar, á los principios en que descansa nuestro sistema hipotecario (por más que la trascendencia de éste sea únicamente con referencia á tercero), para que por el Registro se determinen en todo caso las condiciones de los bienes sujetos á inscripción y la naturaleza y alcance de los derechos que también deban ser inscritos.

En atención á estas consideraciones he creído que la condición jurídica de los inmuebles podía fácilmente subordinarse á principios generales, tomando al suelo como base para la fundada en la naturaleza de la cosa, así como en razón de la dependencia de la misma, ya se derive de la unión material ó de la inscripción en el Registro, la fundada en la necesidad de ser utilizada en beneficio del inmueble; ofreciendo de este modo un medio común al suelo, á la adherencia ó á la inscripción, por la exteriorización que resulta en cualquiera de estas situaciones, para mostrarse ostensiblemente la condición de inmueble en la cosa de que se trate.

A esto responden los artículos 1.087 y 1.088 del Proyecto, reservando el 1.089 para la calificación de inmuebles, que corresponde á los derechos, á distinción de las

cosas, siempre que, como expresa el enunciado del último artículo, la utilidad de los derechos dependa de una cosa corporal que sea inmueble por naturaleza. En este concepto abárcase todo cuanto puede venir comprendido en el núm. 10 del art. 334 del Código, sin necesidad de acudir á la forma de la detallada enumeración, siempre peligrosa, por la posibilidad de incurrir en olvido de algún caso y la necesidad de salvarla con la cláusula acomodaticia de "y demás derechos reales sobre los bienes inmuebles", y por la posibilidad igualmente de dar á entender que no implican verdadero derecho real las concesiones administrativas de obras públicas.

Téngase presente que, aunque el enunciado del art. 1.089 del Proyecto refiere la virtualidad de la disposición que contiene á la circunstancia de que sea *por naturaleza* inmueble la cosa corporal á que hace referencia, semejante disposición en nada prejuzga la extensión de la utilidad de la cosa incorporal, que, como ya queda expuesto al tratar en la Parte general de la clasificación de las cosas en corporales é incorporales, alcanza á todo lo que forma parte integrante del inmueble, ya sea por naturaleza, ya por estar adherido ó inscrito al mismo; pues lo fundamental en este punto, relativo á la calificación de inmueble que corresponda á una cosa incorporal, estriba, no en los accidentes ó elementos que pudiéramos llamar accesorios por su dependencia material ó jurídica, sino en lo que es esencial para dicha calificación y que consiste, según queda expresado, en que la utilidad del derecho, bien sea total ó parcial, arraigase en una cosa corporal que por naturaleza sea inmueble.

No hay que confundir la utilidad en su elemento esencial con la extensión de la misma, en razón del alcance que por sus accidentes tenga la cosa que ha de prestarla.

Complétase la referida doctrina de los artículos comprendidos, á modo de disposiciones generales, en la parte

destinada á tratar de las cosas inmuebles, con el art. 1.090 del Proyecto, el cual, si bien fija la calificación de éstos, señalando la nota en que descansa su clasificación, tiene principalmente el objetivo práctico de presentar los predios ó fincas con separación de su condición de bienes inmuebles, para que, no confundiéndose esta nota con la entidad que constituye cada uno de aquéllos, no quepa admitir que las cosas muebles que por su adherencia ó su destino se reputan inmuebles mantengan, no obstante esta condición, la singularidad objetiva que les asistiera siendo muebles, á fin de seguir consideradas como una cosa distinta de las demás.

De este modo los bienes inmuebles sólo constituirán entidad objetiva, finca propiamente dicha, en cuanto reunan las circunstancias asignadas á los predios rústicos ó á los urbanos, ya que el conjunto de las cosas inmuebles aparece distribuído bajo esta distinción, en cuyo desarrollo, por los artículos siguientes al 1.090 del Proyecto, se fiján las notas características de cada clase de dichos predios. Así se observa en los artículos 1.091, 1.092 y 1.093 respecto á los predios rústicos, y los 1.094, 1.095 y 1.096 relativamente á los urbanos, cuyo tecnicismo por su clasificación es tan indispensable en las servidumbres y en los arrendamientos, si no ha de dar lugar, según ocurre en el Código, á que, por falta de disposiciones que caractericen el objeto de las relaciones derivadas de dichas instituciones, resulten inciertos ó indeterminados los derechos originados por las mismas.

No se olvide que también sobre este particular se observa la falta de su debida determinación en el Código civil, tanto respecto á la entidad que informa toda finca para los efectos de su inscripción en los Registros de la propiedad, acerca de lo cual tampoco ofrece norma segura la ley Hipotecaria, inspirada, en cuanto á este particular se refiere, en el criterio exclusivo de la voluntad del pro-

pietario, como relativamente á la condición jurídica, que, aparte de su carácter de inmuebles, corresponda, para la calificación de rústicos ó urbanos, á las distintas cosas que compongan la unidad de la finca de que se trate.

Ni aun por los términos empleados por el Código hay posibilidad de deducir el verdadero criterio del legislador en cuanto á la referida distinción de las cosas inmuebles. Aparte de la vaguedad y confusión con que se emplean las locuciones relativas á las dependencias ó porciones de las fincas, que lo mismo pueden convenir á las rústicas que á las urbanas, se observa por los artículos 1.579 y 1.582 del Código que los establecimientos industriales, por ejemplo, son designados indistintamente como predios rústicos ó como urbanos, sin que legalmente exista medio de determinar dentro del Código cuándo deben tener una ú otra consideración, como no sea buscando en el tema socorrido "del espíritu de las leyes" un medio de salir del paso en cada dificultad que se presente, bajo el supuesto ó petición de principio que se adopte para calificar lo rústico ó caracterizar lo urbano, y partiendo meramente de las referencias en que se apoyen las hipótesis ó supuestos que como base de juicio á dicho efecto se admitan.

El proyecto que acompaño, haciéndose cargo de esta necesidad en que estriba el valor de las disposiciones reguladoras de las instituciones á que afecta la clasificación expresada, y siguiendo en este punto sistema idéntico al adoptado para la calificación de los inmuebles, á fin de que ésta resultase ajustada á principios ó doctrinas generales, en lugar de formular, como el Código, la simple enumeración ó detalle de los objetos á que puede alcanzar, presenta la separación indicada, prescindiendo, como expresa el art. 1.090, de la *posición* de las cosas en el espacio, para fijarse en el destino que á las mismas corresponda.

No creo que haya sido el propósito de los redactores

del Código separarse de este criterio. Lo lamentable es que no lo hayan formulado como base para la inteligencia y aplicación de las disposiciones que parecen darlo á entender al tratar de las servidumbres y de los arrendamientos.

Ni podía bastar para una calificación exacta lo dispuesto en las leyes 1.ª y 2.ª, tít. 31 de la Partida 3.ª, á no admitir como conceptos inequívocos los de edificios ó heredamientos, y, sobre todo, como inconcusa también la calificación de predio rústico á cualquier heredamiento, como la de urbano para cualquier edificio, todo lo cual dista mucho de corresponder á cuanto la realidad demuestra; ni podía tampoco servirnos el criterio trazado por el Código francés, art. 687, y en harmonía con él otros muchos, así como el proyecto de 1851, art. 477 [1]. Si bien unos y otros hacían depender la naturaleza de las servidumbres de la naturaleza de los predios, sobre lo cual existe, á mi juicio, verdadera inexactitud, por lo que, sin duda, presentaban diferencia tan importante, cual la de exigirse en las leyes de Partida identidad de condición jurídica entre los predios dominante y sirviente, así como los modernos Códigos prescinden de semejante requisito, aunque calificando á la servidumbre por la condición especial del predio dominante, es lo cierto que ninguna de dichas legislaciones se fijó en la trascendencia decisiva que había de tener para el valor de cuanto en ellas se disponía la calificación legal de la cosa rústica y de la cosa urbana, ó la precisión, legal también, de lo que con el nombre de edificio, ó establecimiento de este género, ó heredamiento, ó tierra, se tome como punto de partida de lo que haya de entenderse por finca rústica ó urbana.

---

1 Código de Baviera, lib. 2.°, cap. 8.°, párrafo 2.°; el austriaco, art. 474; el de la Luisiana, art. 707; el napolitano, art. 668; el sardo, art. 630; el del Cantón de Valois, art. 537, y el de Neufchatel, art 540.

De todos modos, el criterio de dichas legislaciones consistía precisamente en determinar por la naturaleza de los predios la condición de rústico ó urbano, por más que su capital defecto estriba en no fijar de algún modo en qué había de consistir su distinta naturaleza.

Mas aun cuando se hubiese suplido este defecto, considero que no por esto habrían desaparecido las dificultades derivadas de semejante criterio, necesitado de rectifica ción, para que, independientemente de la naturaleza de los predios, el destino en sus aprovechamientos sirva para fijar la condición jurídica de cada uno de ellos, toda vez que, principalmente, siempre que la utilidad de una cosa pueda tener un valor objetivo distinto del que naturalmente corresponde á la cosa misma, debe prevalecer aquél en el orden del derecho, por ser precisamente el elemento sustantivo por el cual, mediante las formas del derecho, consigue la cosa vida de relación.

Así entiendo que en este punto representa en cierto modo un progreso el Código portugués (art. 1.627), y aun el nuestro (art. 1.579), los cuales, sin establecer nota alguna distintiva entre los predios, en consideración á las servidumbres de que sean susceptibles, presentan, con ocasión de los arrendamientos, la distinción anterior mente indicada sobre la base del cultivo ó de la labor de la tierra, y aun de la ganadería, con arreglo al mencionado artículo de nuestro Código civil.

Es de advertir, no obstante, que estas distinciones son sólo resultancias de simples disposiciones de referencia, lo cual, como desde luego se comprende, no basta para una calificación técnica ó positiva, según viene á demostrarlo también nuestro moderno Código en el referido artículo, comparado con el 1.582, donde resulta que, aparte de estimar entre los predios rústicos á los establecimientos fabriles, admite á los industriales entre aquellos predios y los urbanos.

No desconozco la dificultad de ofrecer una distinción marcada entre las cosas inmuebles, por razón de su destino. Pero en la necesidad de hacerlo cuando, como sucede en este caso, la naturaleza de la cosa no basta para determinar una distinción necesaria en las relaciones de la vida en que esté llamada á prestar su utilidad, he creído que nada podía dar una idea más general y asimismo más exacta que la de reputar como rústico al terreno cuando está inculto, ó cuando la producción á que esté dedicado consista en la que requiere del cultivo ó labor del campo (agrícola), ó el de la población, conservación y aprovechamiento del monte, alto ó bajo (forestal), ó el de la cría y fomento del ganado (pecuaria); así como la de reputar como urbano todo predio consistente en algún edificio ó construcción destinado á morada, ó al ejercicio del trabajo del hombre, ó á la custodia ó transformación de las cosas.

Mas como algunas de éstas, al estimar su utilidad, pueden ser consideradas, ó bien constituyendo una entidad (finca), ó bien formando parte de ella, no podía prescindir de presentarlas en estas distintas funciones, siquiera la primera, ó sea cuando la cosa por sí sola constituye una entidad objetiva, tuviera ya regulada su condición jurídica por la disposición destinada á caracterizarla como regla general.

Edificios hay que forman parte de predios rústicos, como existen terrenos que, en concepto de parques ó jardines, aparecen constituyendo un predio urbano; y de igual manera existen también edificios situados en el campo, como tierras de cultivo en el interior de las poblaciones, especialmente durante el período en que se desarrolla su ensanche; y como estas circunstancias y otras variantes que pueden presentarse en la posición ó en el destino de las tierras y de las construcciones, han de influir necesariamente en su condición jurídica, siquiera

para el efecto de singularizar ó nó la entidad del predio ó finca, toda vez que ni pueden ser aplicables á estos casos las reglas de lo principal y accesorio, ni en muchos de ellos cabría determinar qué es lo que haya de entenderse por principal ó accesorio, he creído que no podía menos de presentar la doctrina en la forma que resulta en los artículos del 1.091 al 1.093 respecto á los predios rústicos, y del 1.094 al 1.096 respecto á los predios urbanos, á fin de que todo cuanto participe de la condición de cosa inmueble y no venga comprendido en las reglas de los artículos 1.091 y 1.094, que respectivamente fijan la doctrina general para lo rústico ó lo urbano, se entienda solamente que constituye adherencias ó complemento del predio á que esté unido y en el que concurran las condiciones ó requisitos de dicha regla general, salvo lo que se refiere á los terrenos cultivados en el interior de las poblaciones y á los solares y construcciones que forman parte de los mismos.

De esta suerte, estimo que, ya sea con aplicación á las servidumbres, ó á los arrendamientos, ó á cualquiera otra institución á que pueda afectar por razón del objeto de las relaciones que en consideración á ella se establezcan, la referida distinción jurídica de lo rústico ó lo urbano, y cualesquiera que hayan de ser los efectos que se le atribuyan en el desarrollo de dichas instituciones, hay términos hábiles para que, ante todo, como base necesaria de la utilidad en que consista el valor ó interés de las relaciones referidas, pueda caracterizarse, no sólo la condición de inmueble que concurra en el objeto, sino también su carácter de rústico ó de urbano, é igualmente su singularidad ó su dependencia en la constitución de toda finca.

CAPÍTULO II

De los bienes muebles.

Después de haber tratado de las cosas inmuebles, correspondía hacerlo de las muebles y semovientes. Suprimida esta última distinción en el Código, considerándola, sin duda, como innecesaria, á causa del empeño de presentar toda la masa de bienes bajo la exclusiva clasificación de muebles ó inmuebles, he creído, no obstante, que debía restablecerla en nuestro derecho, no tanto para expresar una división, como para señalar, á semejanza de las demás clases de bienes á que hacen referencia las distintas partes de la subsección del Proyecto correspondiente á esta materia, la variedad de entidades objetivas cuya respectiva utilidad se ofrece ante el derecho de distinta manera que las demás.

No es ni ha sido mi ánimo abarcar todos los objetos en su doble consideración de muebles ó inmuebles, sino sólo tener en cuenta las distintas utilidades que considera el derecho en los objetos, según su diversa naturaleza, para que la clasificación obedezca, no á la infinita variedad que presenta la naturaleza en los objetos que produce, sino á las distintas modalidades que en cuanto á su utilización en la vida social ha de establecer el derecho.

Aunque el derecho recoge todas las utilidades peculiares á los objetos susceptibles de apropiación, la necesidad de dictar reglas generales que eviten un casuísmo, tan impropio como imposible de agotar, hace indispensable atender, en la gran variedad de objetos, á las distintas maneras de aprovecharlos, para formular, según éstas, la clasificación que, aun cuando no sea natural, responda, sin embargo, á las exigencias del derecho y haga factible de esta suerte que, por medio de conceptos generales referentes á la utilidad y sus formas, consigan carta de

naturaleza en el orden del derecho (siquiera sea para el efecto de servir en él de medio ó materia útil), todos, absolutamente todos los elementos materiales ó inmateriales susceptibles de apropiación.

Por esto, ni la clasificación de cosas muebles y semovientes aparece en el proyecto por oposición á los inmuebles, como acontece en el Código, ni la distinción entre muebles y semovientes, suprimida en este Cuerpo legal, se restablece en el proyecto por puro afán de respetar la tradición jurídica ó de admitir en el derecho semejante distinción, derivada de la naturaleza de las cosas, sino, por el contrario, teniendo presente que la utilidad y efectos consiguientes que en las relaciones producen las cosas muebles, respecto á las que basta su sola custodia para su conservación, y las semovientes, que exigen, además de la custodia, su cuidado y entretenimiento, requiere gran número de disposiciones especiales para señalar, según los casos, á quién corresponde desempeñarlo. Así, he considerado preciso admitir esta distinción, para que, con el nombre de semovientes, ó la designación de animales que aparece en algún artículo del Código, quepa que cuantas disposiciones á ellos se refieran puedan formularse sin necesidad de hacer salvedades respecto á las cosas muebles, como sucedería si, según el Código, estuvieran comprendidos en este mismo enunciado y sin hacer tampoco distinciones respecto á unos ú otros semovientes, salvo circunstancias especialísimas que pudieran aconsejarlo en el contenido de esta nota común.

La necesidad de tratar de los semovientes resulta notoriamente reconocida en el Código al ocuparse de ellos, con independencia de los bienes muebles, en diversos artículos y con las distintas denominaciones de caballerías, ganados, animales, etc. (artículos 346, 499, desde el 1.491 al 1.499 inclusive, 1.578, etc., etc.), en todo lo cual se demuestra cuán indispensable es su calificación jurí-

dica; pues, á pesar de sus referencias á dicha clase de bienes, no hay términos hábiles para conocer la extensión de aquel concepto, aunque sí la precisión de considerar los indicados objetos de derecho separadamente de los bienes muebles, entre los cuales, al parecer, los comprende.

Artículos 335, 336, 346 y 347. — Cosa análoga he de indicar respecto á la calificación de bienes muebles de que se ocupa el art. 335 del Código.

Sin volver sobre la necesidad de no confundir los bienes y las cosas, se observan por de pronto en el referido artículo cuatro vacíos importantes: 1.°, que hace depender el concepto de bienes muebles del concepto de bienes, que no resulta expresado; 2.°, que lo hace depender igualmente de la apropiabilidad, que tampoco aparece determinada; 3.°, que, á falta de una idea ó concepto general, acude á reputar mueble todo lo no calificado de inmueble, forma á la que todavía cabe recurrir, por exclusión, si en lugar de los bienes se tratara de las cosas y éstas, además, resultasen calificadas; y 4.°, que aun comprendiendo el mismo Código la necesidad de dar una idea general acerca del concepto de bienes muebles, al tratar de formularla sobre la base del movimiento ó transporte da á entender que la concreta únicamente á los muebles que estuviesen unidos á alguna cosa inmueble.

Así resulta en el art. 335 una disposición ó precepto de completa confusión, por el que, ni es dable saber si son muebles todas las cosas corporales no enumeradas entre las inmuebles, ni si alcanza á las cosas incorporales, ni si pueden comprenderse en ellas las inmateriales ó elementos sobre los cuales versa la propiedad literaria, artística, industrial, etc., ni, en una palabra, cuál es ó puede ser el verdadero criterio que ha de servir para distinguir las cosas muebles y para saber, por tanto, á qué cosas y con qué extensión deben ser aplicadas las múltiples dis-

posiciones que se comprenden referentes á las cosas ó bienes con la designación de muebles.

Ciertamente que al exigir para esta condición que los bienes de que se trata sean susceptibles de apropiación, parece dar á entender que se refiere á las cosas corporales; pero al fin esto, además de ser una hipótesis, peca también de indeterminación, en tanto que el Código no califique la apropiación ó la apropiabilidad para dar á conocer la idea ó base sobre que descansa esencialmente el valor jurídico de cuanto respecto á cosas ó bienes se dispone por el mismo.

Para evitar estos inconvenientes, y no obstante que en la ordenación de los artículos del Proyecto se procura escalonar los conceptos jurídicos de modo que se completen, en lugar de aceptarlos sin previa determinación legal, he formulado el art. 1.097, buscando su precisión en tres notas diferentes, á saber: primera, la excluyente de los muebles calificados de inmuebles; segunda, la afirmativa respecto de las cosas corporales, cuya extensión se determina por los artículos que se ocupan de las mismas; tercera, la calificación de los muebles, cimentada en el movimiento, si bien no precisamente considerándolo en el objeto, lo cual excluiría en tal caso, por falta de verdadera posición en el espacio, á las cosas inmateriales referentes á la propiedad literaria, artística é industrial, sino considerando á dicho movimiento en su utilización, lo cual permite comprender igualmente á estas últimas.

De este modo, fijándonos en la utilidad, en lugar de fijarnos en la materia, para considerar el movimiento posible en la cosa objeto de derecho, queda franqueado el camino de tal suerte que, á excepción de las cosas corporales calificadas de inmuebles, puedan venir comprendidas en el concepto de bienes muebles todas las demás corporales, independientemente de su distinta naturaleza, sustituyendo así, con la determinación precisa de los

objetos que constituyen el contenido de los bienes muebles, la vaguedad y confusión que resulta del citado artículo del Código.

Pero el concepto de los bienes muebles no ha de limitarse simplemente á las cosas corporales; ha de extenderse asimismo á las cosas incorporales, para caracterizar cuáles de las de esta naturaleza merecen dicha consideración jurídica, pues casi puede decirse que, además de la reforma indispensable del art. 335, referente á las primeras, es necesario también precisar aquel concepto respecto á las incorporales; misión que llena en el Proyecto el art. 1.098, si se tiene en cuenta lo que dispone el 336 del Código.

Este artículo, por lo visto, no ha podido desconocer que existen cosas incorporales, ó, por mejor decir, derechos establecidos sobre las cosas, á los que corresponde atribuir la consideración de muebles, siéndoles, por tanto, aplicable lo que en diversos artículos se dispone respecto á los bienes muebles. Mas lo sensible del caso consiste en que disponiendo, como dispone el legislador, de una fórmula tan sencilla como la de que hizo uso refiriéndose á los inmuebles en el art. 334, haya prescindido de ella al tratar de los muebles, omitiendo así una fórmula concebida como doctrina general, capaz de alcanzar á todo derecho real sobre cosa mueble, para acudir al socorrido sistema de la enumeración, cuyos inconvenientes no se reducen á excluir todo lo que no comprende, sino que se extienden á introducir verdadera confusión respecto á la naturaleza jurídica de los distintos particulares á que hace referencia semejante enumeración

Precisamente, todo cuanto dicho art. 336 califica de cosas muebles son derechos esencialmente personales. De otro modo, los llamados contratos sobre servicios públicos y las cédulas y títulos representativos de préstamos hipotecarios resultarían enumerados en su simple expre-

sión de actos (los contratos), ó de cosas corporales (las cédulas y títulos); y, sin embargo, es lo cierto que su designación en dicho artículo tiene lugar en consideración á los derechos que producen los primeros ó las relaciones jurídicas á que sirven de título los segundos.

Como las rentas ó pensiones que no graven con carga real una cosa inmueble son, en realidad, créditos ó derechos personales, y, por otra parte, los llamados oficios enajenados ni son lo uno ni lo otro ni tienen, después de su abolición, verdadera significación como utilidades jurídicas, resulta que cuando, al parecer, el art. 336 venía destinado á señalar por extensión, ó como complemento de lo dispuesto en el art. 335, lo que no siendo cosa corporal debiera, no obstante reputarse cosa mueble, ofrece el contrasentido de excluir por completo todos los derechos reales sobre esta clase de cosas. Aunque tales derechos, aparte de su calificación como cosas incorporales, son los que propiamente corresponden á la condición jurídica de bienes muebles, es lo cierto que no sólo resultan excluídos por el citado art. 336, sino que éste reputa como comprendidos en dicha condición derechos de naturaleza esencialmente personal, característicos, por tanto, de verdaderas obligaciones, en lugar de constituir formas de propiedad, que no son, de consiguiente, susceptibles de la calificación de cosas, ni consienten tampoco la peculiar de cosas muebles, siempre que de esta última resulten excluídas todas las demás obligaciones.

¿Qué razón puede haber para que el mencionado artículo 336 considere como cosas muebles á los derechos correlativos de las obligaciones á que hace referencia (las rentas vitalicias, etc.) y deje de comprender á todas las demás en aquel concepto legal? ¿Cuál puede haber también para que los derechos reales constituídos sobre cosas muebles no se reputen de la naturaleza de éstas? ¿Acaso los considera comprendidos en el art. 335?

En la imposibilidad de contestar satisfactoriamente á estas preguntas, no cabía admitir la doctrina del art. 336 del Código, que además de eliminar á las cosas incorporales de la esfera de los bienes muebles, admitiendo, en cambio, como decía, otros elementos que no es fácil saber concretamente en qué consisten, no permite conocer el valor y alcance de los conceptos con que los designa dicho artículo, ni cabe explicar por qué á semejantes elementos, y no á los demás, comprendidos también entre las obligaciones, se limita su contenido.

Aparte de estos dos puntos fundamentales relativos á la naturaleza y extensión del concepto de cosas ó bienes muebles que el Código considera como expresiones sinónimas, el mismo Cuerpo legal contiene, con buen acuerdo, á semejanza de otros Códigos modernos, algunos artículos destinados á fijar la inteligencia de la palabra *muebles*, y á señalar á su vez lo que debe considerarse comprendido cuando en las relaciones se hace referencia á éstos y á lo que en los mismos se contiene.

De estos dos particulares que en el Código constituyen la materia de los artículos 346 y 347, se ocupa igualmente el Proyecto en los artículos 1.099 y 1.100, si bien con la diferencia de prescindir por innecesario del primer párrafo del art. 346 y de fijar lo relativo al segundo párrafo, sólo mediante el concepto general á que, después de todo, tiene que acudir el Código á la conclusión del mencionado precepto, á pesar de la minuciosa y detallada enumeración de los objetos muebles que aparecen en el mismo, sin duda por haber creído que la vaguedad del art. 335 se prestaba á admitir como muebles cosas que, ni por su naturaleza, ni por sus condiciones jurídicas, podían reputarse como tales.

Dicha enumeración, sin embargo, contenida en el artículo 346 del Código, aunque no tenga trascendencia para la materia de que se ocupa este artículo, tiene, no

obstante, muy marcada significación, como muestra de la confusión y aun contradicciones en que se incurre al tratar de los bienes muebles.

De sobra se comprende que si al legislador no se le hubiera ocurrido la posibilidad de admitir ó comprender entre los bienes muebles (según los artículos destinados á su clasificación, 335 al 337) á los créditos y efectos de comercio, así como á los valores, libros, caballerías, etcétera, etc., á buen seguro que no los hubiera declarado exceptuados del concepto ó palabra *muebles* en el párrafo segundo anteriormente mencionado. Y como es evidente que ninguna de dichas cosas tiene la calificación de muebles por los artículos 336 y 337, habría que convenir en que el legislador los consideró comprendidos en el 335, reputando, por tanto, como susceptibles de apropiación los créditos, efectos de comercio y valores, así como haciendo extensiva á los semovientes la denominación de bienes muebles.

En cuanto al art. 347, la confusión del Código no se limita á los bienes á que hace referencia, sino que se extiende á la función que éstos desempeñan en las relaciones jurídicas que menciona, hablando en particular de ventas, legados y donaciones, como si el precepto no debiera ser común á toda clase de enajenaciones y aun alcanzar á cualquier acto jurídico por el que se transmita la posesión ó propiedad de cosas muebles ó inmuebles con lo que en cada una de ellas se contenga.

En estos dos puntos, el Proyecto, reconociendo la oportunidad y conveniencia de las disposiciones del Código, ha procurado únicamente salvar la confusión que resulta de sus términos, ya formulando regla general sin necesidad de excepciones de detalle, ya caracterizando las instituciones á que hace referencia por una nota común á todas en lugar de enumerarlas como á manera de ejemplo, cual si el legislador reconociese la imposibilidad de hacer

por su parte una designación clara de carácter general.

Sólo dos excepciones se me han ofrecido en la realización de este propósito: una referente á las colecciones científicas ó artísticas, de quese ocupa el párrafo segundo del art. 1.099 del Proyecto, teniendo presente la facilidad con que de otro modo podían haber sido consideradas como parte del mobiliario; y otra relativa á los semovientes, de que trata el art. 1.101 del mismo Proyecto, teniendo en cuenta que por su especial naturaleza, su alimento y conservación exigen dispendios permanentes y á veces cuantiosos, que en algunos casos llegarían quizás á superar al valor de los mismos bienes cuando llegara á determinarse por un litigio si había sido ó no la intención de un donante, de un testador ó de otra persona, verificar ó no su transferencia. De otro modo fácilmente podría resultar que un asunto de pura interpretación, desprovisto muchas veces de elementos convincentes para formar un verdadero juicio, llegara á traducirse en graves é irreparables perjuicios para quien de buena fe hubiera trabajado en defensa de lo que estimare su derecho, ya que así como en las demás cosas muebles la cuestión sólo puede versar respecto á su pertenencia, ó exclusivamente acerca de su estimación tratándose de cosas fungibles, en los semovientes, por el contrario, la misma cuestión alcanzaría las proporciones consiguientes á la persecución de la cosa y á la indemnización correspondiente, por los riesgos y dispendios especiales de esta clase de bienes.

Artículo 337.—Termina el Código la doctrina que establece acerca de los bienes muebles con la distinción de los mismos en fungibles y no fungibles. No negaré ciertamente que esta distinción es importantísima en el orden del derecho, teniendo presente siquiera que la utilidad jurídica que constituye el verdadero valor de las cosas como objetos de derecho, así como depende en las primeras del *género* á que pertenezcan las cosas de que se trata,

es peculiar en las segundas de la entidad individual que caracteriza como objeto á cada una de ellas.

Mas este sentido, que por sí solo revela desde luego la trascendencia genérica ó específica que sirve de base á la indicada distinción y que es término diferencial capaz de ofrecer por sí solo una idea exacta de los diversos objetos que constituyen el contenido de cada una de dichas dos ramas, aparece completamente oculto ú olvidado en el referido precepto del Código que se ocupa de esta materia, prestando sólo atención al antiguo criterio por el cual se buscaba en el consumo necesario, ó en el primer uso, ó en el que se denomina adecuado á la naturaleza de las cosas, la desaparición forzosa ó destrucción de las mismas.

El consumo es, de consiguiente, la base capital en que descansa la consideración de cosa fungible, siempre que el consumo se realice por el uso adecuado á la naturaleza de la cosa.

Difícil es, como se ve, descubrir el verdadero sentido de semejante expresión. La palabra *consumo*, aunque éste haya de ser el resultante del uso, lo mismo es aplicable al deterioro ó consumo lento, que es, no sólo común, sino necesario al uso de toda cosa, que á la destrucción ó aniquilamiento de la misma, cuyos fenómenos, si bien ciertamente más significativos, tampoco pueden calificarse de absolutamente necesarios por el uso adecuado á la naturaleza de un objeto; porque aun tratándose de los objetos destinados al consumo alimenticio, no cabe afirmar que éste sea el único destino de semejante clase de cosas. Es más: si por consumo ha de entenderse la transformación ó desaparición del derecho que se tenga sobre ellas, podría decirse que sólo son fungibles cuando su uso consista en transmitirlas, y que en tal sentido la aplicación de aquel concepto, lejos de ser peculiar á las cosas muebles, resultaría común, tanto á éstas como á las inmuebles.

¿Qué se entenderá, pues, por la palabra *consumo?* Si entendemos la destrucción, casi puede decirse que únicamente podrían ser fungibles ciertas clases de substancias alimenticias; si se entiende la transformación, dicho concepto quedaría reducido á los granos y á los caldos en general; y si se limita al deterioro ó consumo lento, casi no habría cosa que no pudiera ser considerada como fungible, sin exceptuar el dinero, que quizás sea, más que en ninguna otra cosa, donde se manifieste la lentitud del consumo por el uso adecuado á su naturaleza.

De estas diversas acepciones, de cuya precisión depende el verdadero valor de la idea de cosa fungible, según el art. 337 del Código, no es fácil apreciar cuál haya prevalecido en este cuerpo legal, aun cuando se intente averiguar por otras disposiciones el propósito del legislador al hablar de semejante consumo.

Basta fijarse, por ejemplo, en el usufructo, para observar que el legislador ha distinguido por los artículos 481 y 482 las cosas que sin consumirse se deterioran poco á poco por el uso (el 481), y aquellas que no se pueden usar sin consumirlas (el 482), bien que haya tenido buen cuidado de no decir tampoco cuáles sean estas últimas fijando al efecto el contenido de semejante expresión jurídica.

Pues aparte de esta notoria deficiencia, basta, sin embargo, la indicada distinción entre el deterioro y el consumo para que desde luego se comprenda la referida falta de precisión en el Código acerca del concepto de las cosas fungibles, las cuales, si han de consistir, como previene el citado art. 337, en aquéllas cuyo uso lleva necesariamente consigo la destrucción ó consunción de las mismas, explícitamente resultan relegadas ó eliminadas de semejante concepto las cosas que sólo se deterioran por el uso.

Mas si este fuese realmente el criterio del Código, según aparece, considerando por de pronto lo dispuesto acerca de la institución del usufructo, nada resultaría más evi-

dentemente excluído del concepto de cosas fungibles que el dinero, por cuyo uso no hay verdaderamente consumo ni trasformación, y sí sólo un simple deterioro, que aun puede decirse queda reducido á su más mínima expresión.

Se dirá, quizás, que precisamente por esto tiene ya el Código buen cuidado de no considerar el dinero como cosa fungible, hablando de él separadamente de esta clase de bienes en el art. 1.371; pero es bien seguro que esto conduciría á error. porque á renglón seguido, en el artículo 1.740 y explícitamente se califica al dinero como una de las cosas fungibles.

Queda, pues, plenamente demostrado, aparte de otros ejemplos que se podrían citar, que ni el Código es consecuente en las disposiciones en que trata de las cosas fungibles con el concepto con que formula esta calificación jurídica en el art. 337, ni tiene clara idea de lo que entiende por consumo, cuando precisamente sobre la misma materia, el dinero, lo denomina cosa fungible en unas partes y lo separa de los bienes ó cosas fungibles en otras.

Era, pues, absolutamente indispensable salir de este caos en que envuelve el Código la referida distinción de los bienes muebles en fungibles y no fungibles, cuando ni el art. 337 resulta ser base segura de sus ulteriores disposiciones, y es, además, necesario hacerlo de modo que responda á la necesidad jurídica de admitir dicha clasificación, así como á la necesidad también de desenvolverla de tal suerte que, aun en forma de reglas generales y, por tanto, sin enumeración ó detalle de ninguna clase, quepa descubrir desde luego el respectivo contenido de cada una de dichas clases de cosas.

He aquí el fin á que responden los artículos del 1.102 al 1.108 del Proyecto, señalando al efecto, por el primero de ellos, que en la utilidad natural de las cosas, pero principalmente en la manera como la prestan en las relacio-

nes en que intervienen, estriba precisamente el elemento en que recae el interés jurídico de semejante distinción.

Por esto, á la verdad, había calificado las cosas fungibles diciendo que cosa fungible es aquella cuya utilidad jurídica depende del género á que la misma corresponde; pues en rigor, el verdadero valor del concepto de cosa fungible consiste en que la utilidad jurídica de la cosa, en cualquiera relación, no derive exclusivamente de su utilidad natural; pudiendo afirmarse con tal motivo que aquella utilidad jurídica no la tiene la cosa por sí misma, sino por el género á que pertenece, y en cuya virtud su expresión ha de revestir la forma cuantitativa.

No he aceptado, sin embargo, dicha calificación, porque, á pesar de todo, las cosas fungibles pueden en algunos casos determinar utilidad jurídica por sí solas, siempre que intervengan en alguna relación en forma demostrativa ó de manera que en su individualidad se encierre todo el interés de la relación misma.

Lo que en este punto interesa principalmente considerar es que hay cosas, como las esencialmente genéricas, cuya utilización en las relaciones de derecho es por todo extremo distinta de la que corresponde á las demás calificadas de específicas; pues precisamente en las que se cuentan, pesan ó miden, su carácter esencialmente genérico requiere que la determinación de su respectivo interés dependa del género á que pertenecen y de la cantidad en que son utilizadas, notas ambas sin cuya concurrencia resultaría por todo extremo incierta ó indeterminada la utilidad de las cosas y haría enteramente ineficaz, por falta de verdadera utilidad, la relación en que así se hubiera procedido.

Hay, pues, entre las cosas esencialmente genéricas y todas las demás de carácter más ó menos específico, una diferencia capital respecto al modo como han de interve-

nir en las relaciones de derecho, dada la necesidad que todas éstas tienen, para reunir verdadera utilidad, de que resulte cierto ó determinado el interés en cuya virtud las cosas se utilizan.

Y esto es de tan significativa importancia, que cuando la utilidad jurídica resulta determinada por la especificación de la cosa; cuando, en una palabra, ésta interviene en la relación de derecho en razón de la entidad individual que constituye, queda la suerte de la relación ligada de tal modo con la existencia de la cosa, que la destrucción ó pérdida de ésta hace desaparecer el derecho producido por la relación misma.

Lo contrario, sin embargo, ocurre cuando la utilidad jurídica de las cosas resulta determinada por el género y la cantidad; y no digo por uno solo de estos dos elementos, porque, como acabo de indicar, es absolutamente indispensable la concurrencia de los dos, si la relación jurídica ha de tener verdadero ó positivo interés.

En semejante situación no cabe, ciertamente, prescindir de la individualización de las cosas para dar origen á la relación jurídica. Por esencialmente genéricas que aquéllas sean, por ejemplo, en el préstamo de cien pesetas, estas cien pesetas que entrego, aun cuando son perfectamente determinadas y sirven propiamente de medio para dar origen al contrato de mutuo, no por esto quedan subordinadas al desarrollo de esta relación, sino que de tal modo viven independientemente de la misma, que ni ésta desaparece porque aquéllas perezcan, ni estas últimas carecen de aptitud para ser objeto de otras relaciones, aun cuando no estén cimentadas en aquel préstamo mutuo á que me he referido.

Formúlase, pues, en este sentido el art. 1.103 del Proyecto, por el que, á diferencia del 337 del Código, descansa el concepto de cosa fungible, no precisamente en la necesidad de que ésta se consuma ó destruya por su uso,

sino en que, aun cuando tenga lugar su destrucción ó consunción, no desaparece la utilidad de la relación que por su medio se hubiese originado, utilidad cuya independencia respecto á la cosa que sirvió para darla á conocer sustenta su valor jurídico única y exclusivamente en el género á que dicha cosa corresponde.

No puede decirse, sin embargo, que el valor jurídico de la cosa fungible deba quedar enteramente sustituído por el que es peculiar de la cosa considerada en su género.

Aunque esto sea verdad tratándose de las cosas esencialmente genéricas, como así lo pone de manifiesto el mismo art. 1.103 del Proyecto, á que acabo de referirme, no es posible extenderle á todas las demás cosas consideradas en el género, porque esto puede suceder aun en las cosas específicas cuando su utilización tiene lugar en forma indeterminada, y ha menester, por tanto, la determinación de su interés, de la elección á que hace referencia el párrafo 2.° del art. 1.109 del Proyecto.

Es, pues, indispensable trazar las reglas á que ha de ajustarse la utilización de las cosas cuando éstas son esencialmente genéricas, á distinción de aquéllas mediante las que cabe la utilización de las demás; y aun cuando esto revele la necesidad de sostener, como sostengo en el Proyecto, la referida distinción del Código acerca de los bienes muebles, calificándolos de fungibles ó no fungibles, no puedo menos de modificar ó reformar el criterio diferencial que admite entre las unas y las otras, porque, según hacía presente, lo más fundamental, á mi juicio, consiste en señalar que la utilidad jurídica determinada por la cosa fungible es enteramente independiente de la destrucción ó el consumo de la misma.

Por lo demás, los mencionados artículos contenidos en el Proyecto, señalando el régimen de las cosas fungibles, completan la deficiencia que se observa en el Código

desde el momento en que se limita tan sólo á enunciar su concepto, sin señalar la trascendencia ó valor práctico que legalmente se atribuye á dicha calificación.

CAPÍTULO III

De los bienes según las personas á que pertenecen.

Artículo 338.—Precepto es este que parece redactado más para confundir que para aclarar.

No se comprende cómo en tan pocas palabras se emplee tal variedad de concepto en su tecnicismo.

No hablo ya de la designación de los bienes, porque sobre este particular he dicho lo bastante en los capítulos anteriores; y por lo que se refiere á su pertenencia, que es el asunto que trata el capítulo actual, con mayor motivo se penetra de que se habla de los mismos como sinónimos de cosas.

Me refiero tan sólo á las dos formas que, en cuanto á la pertenencia, se enuncian por este artículo, á saber: el dominio público y la propiedad privada.

¿Por qué esta diversidad de expresiones? ¿Es que en el orden privado no existe el dominio? ¿Es que en el orden público no existe la propiedad?

Esto parece resultar, al ver vinculado el concepto del dominio para los bienes cuando son públicos, y el de la propiedad para aquéllos cuando son privados, según así lo expresa el mencionado artículo al decir que los bienes son de dominio público ó de propiedad privada.

Mas como es imposible desconocer que la propiedad es una institución que así vive en el orden público como en el orden privado, según que condiciona fines generales ó comunes, ó fines exclusivos ó particulares de alguien, á cuya categoría precisamente se circunscribe el concepto del dominio al realizar, mediante la acción del dueño, una

función verdaderamente excluyente de todo interés que al dueño no corresponda, no puedo menos de creer que aun cuando resulte alternativo el empleo de semejantes locuciones, ha querido el Código decir propiedad pública lo que designa con el nombre de dominio público, cuyos dos términos son en cierto modo incompatibles, si se considera que el dominio es siempre expresión de un interés jurídico de carácter esencialmente particular ó exclusivo.

Ya en otras partes de esta obra me he visto precisado á hacer notar la sinonimia que resulta en el Código entre la propiedad y el dominio, aunque le sirva de excusa el haber incurrido en igual error muchas legislaciones.

Pero cualquiera que sea el criterio que acerca de este punto sustenten, así las escuelas de derecho como las legislaciones, y aun cuando no haya creído conveniente el Código decidirse por alguno que concretamente presente un claro concepto de la propiedad y una idea exacta del derecho dominical, interesa de todos modos evitar la confusión á que se presta la referida variedad de lenguaje empleada en este punto por el Código, que autoriza á creer, según decía, ó que no hay dominio en los bienes, si pertenecen á particulares, ó que no existe propiedad en los mismos cuando es pública su pertenencia.

En este asunto el Proyecto que acompaño ha evitado cuidadosamente la indicada indeterminación que en cuanto á la función de la propiedad resulta en el citado artículo de que ahora me ocupo. Lo mismo respecto á su concepto, que á su especial naturaleza entre las instituciones que debe comprender el tratado de los bienes, he señalado en el Proyecto la misión de la propiedad al ocuparme del modo ó forma como las cosas son objeto de derecho, pudiéndose de tal suerte precisar su carácter público en los términos que aparecen en los artículos 1.196 y siguientes del mencionado Proyecto.

Artículo 339. — Al formular este artículo, sin duda tuvieron presente los redactores del Código el carácter absoluto con que la ley de 6 de Julio de 1859, declarando propiedad del Estado las substancias minerales, establecía que nadie podría disponer de ellas sin concesión del Gobierno. A esta última declaración ajustóse, por consiguiente, la que consigna también en sus últimas palabras el número segundo del presente artículo, estimando como bienes de dominio público las minas, mientras no se otorgue su concesión.

Mas ya es sabido que tanto la ley de Julio de 1859, como la de 4 de Marzo de 1868, resultaron modificadas por el Decreto-ley de 29 de Diciembre del mismo año, estableciendo las bases generales para la nueva legislación de minería.

Aunque por de pronto nada deba exponerse respecto á los trabajos y proyectos formulados para el desenvolvimiento de dicha nueva legislación, y que he tenido presentes para las reformas que acerca de esta importante materia contiene el Proyecto que acompaño, al tratar de las minas y de la propiedad minera, es lo cierto que en tanto los trabajos para dicha nueva legislación no consigan autoridad legislativa y deban, por lo mismo, continuar en vigor los preceptos contenidos en el mencionado Decreto-ley, no puede menos de señalarse la necesidad de modificar siquiera, en harmonía con el mismo, la indicada declaración acerca de las minas, contenida en el citado número segundo del artículo de que ahora me estoy ocupando.

Distribuídas las minas en las tres secciones ó clases á que se refiere el art. 1.º de aquel Decreto-ley, no puede perderse de vista que aun cuando requieran la debida concesión para la explotación, todas las que se hallan en terrenos de dominio público, no sucede lo mismo cuando se encuentran en terrenos de propiedad privada.

En este último caso, si la concesión es igualmente necesaria tratándose de las substancias comprendidas en la tercera sección, es sólo posible en las de la segunda si concurre la circunstancia de no explotarlas el dueño del terreno en que se encuentren, y enteramente innecesaria respecto á las substancias minerales de la sección primera.

Esta variedad de condiciones en cuanto á la concesión de las minas, requiere, como se ve, la consiguiente distinción derivada de aquel estado legal, anterior á nuestro Código civil, y que no puedo menos de considerar respetado y no modificado ó reformado por el mismo.

De otro modo habría que convenir que la declaración absoluta contenida en el citado art. 339 del Código habría alterado los preceptos en que descansaba antes del mismo el sistema de la propiedad minera.

Aunque así pudiera creerse en virtud de lo prevenido en su disposición final derogativa, toda vez que el citado art. 339 declara de dominio público las minas, sin excepción alguna acerca de la naturaleza de los minerales ó substancias respectivas, y sin otro límite que el de haberse otorgado su concesión, considero, no obstante, que los términos del art. 427 remitiendo á la ley especial de minería todo cuanto interesa á esta clase de propiedad, mantienen la subsistencia de la legislación especial vigente acerca de dicha materia, al publicarse el Código civil, sobre todo cuando la misma disposición final derogativa, anteriormente mencionada, establece, en su última parte, no ser aplicable á las leyes que en el mismo Código se declaran subsistentes.

TÍTULO II

De la propiedad.

CAPÍTULO I

De la propiedad en general.

Si el enunciado de este capítulo no se mostrara como término de oposición con los demás capítulos comprendidos en este título, sino como materia común á la mayor parte del contenido de los mismos, todavía cabría comprender el verdadero sentido con que el Código se ocupa de lo que llama la propiedad en general.

En este punto habría, si no completa, análoga congruencia entre la materia de la propiedad así considerada en el Código, y la que desenvuelve el Proyecto que acompaño en el cap. 1.° del título destinado á tratar del derecho de propiedad.

Ya hice observar á este propósito en la Parte general que la materia del derecho de propiedad considerada separadamente de la peculiar á la apropiación ó pertenencia de los bienes, ó, como expresa el Código, del tratado de éstos según las personas á que pertenecen (cap. 3.° del título anterior), ha de abarcar necesariamente dos extremos importantísimos: el relativo á las utilidades jurídicas de las cosas, y el referente á los estados ó sujeción de las mismas; extremos que respectivamente constituyen los derechos en que consiste el de la propiedad y la clasificación ó especies de la misma.

Sólo esta indicación, cuyo desarrollo de doctrina aparece en la Parte general, revela claramente lo diminuto y aun impropio del enunciado del presente título en el Código civil.

Cualquiera diría, al ver separadas por títulos distintos la propiedad, la comunidad de bienes, el usufructo, la servidumbre, etc., etc., que todas estas materias, salvo la primera, no son asunto de la propiedad, como si entre ellas no existiera, por decirlo así, enlace alguno de sistema ó estructura en cuya virtud se mostrara la propiedad como el continente de todo lo que á las demás instituciones se refiere, y estas últimas como desarrollo propiamente interior de lo que abarca aquélla en su vastísima esfera.

Su reunión en el mismo libro (el 2.º del Código) podrá, á lo más, dar á entender que las referidas instituciones forman parte del tratado de bienes; pero, al fin, no podrá menos de verse que el sistema para la exposición de éstos se reduce, según el Código, á una agrupación de materias y no á su debida ordenación, y lo que es peor, que, aun en dicha agrupación, la propiedad resulta una institución distinta y separada de las demás instituciones comprendidas en el mencionado libro.

No debió ser este el propósito de los redactores del Código.

Cualquiera que fuera el concepto que tuvieran acerca de la propiedad y del derecho de propiedad, indudablemente se propusieron tomar á esta última como base y, por tanto, materia fundamental de las demás instituciones que hubieran de presentar como expresión de su desarrollo.

Así lo permite creer el enunciado de dicho libro 2.º, comprensivo, según dice, de los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones, mostrando, de consiguiente, á cuantas instituciones comprende como expresión de estas últimas, como desenvolvimiento ó modificaciones de la institución de la propiedad.

He aquí por qué indicaba que de haber sido este el pensamiento que indudablemente presidió, pues no es posible suponer que en modo alguno se negara á la comunidad

de bienes, al usufructo y á las servidumbres el valor jurídico de instituciones relativas al derecho de propiedad, debían, por lo menos, todas éstas, ó haber informado capítulos distintos en el título destinado á tratar de la propiedad, ó siquiera haber convertido en enunciado del título que dedica á la propiedad el que caracteriza el cap. 1.º de que ahora me ocupo.

Sólo así habría podido verse la verdadera relación ó enlace que debe existir entre este tít. 2.º y los demás títulos del libro 2.º del Código, pues de semejante modo todos estos aparecerían cual desarrollo de la propiedad en especial, ó clasificación de sus diferentes formas, después de trazado el título en que se tratara de la propiedad en general.

El criterio de presentar el derecho de propiedad bifurcado en las materias referentes á la misma, considerada en general, ó sea á las distintas utilidades que por ella pueden obtenerse de las cosas; y á la misma propiedad considerada en sus formas, clases ó manifestaciones por las cuales puede obtenerse el aprovechamiento de aquéllas; es, no sólo acertado, sino verdaderamente necesario, dada la trascendental separación que existe, según decía, entre las utilidades de las cosas y las formas ó maneras de conseguirlas.

El Código comprendió esta necesidad; pero sin duda por la falta de un criterio definido acerca de la separación que existe entre las mencionadas materias, confundió la propiedad con el derecho de dominio, de lo cual da ciertamente testimonio el art. 351 de dicho cuerpo legal, y llevó la accesión al título en que se ocupa de la propiedad, confundiéndola con el derecho de disfrute, á que hace referencia el art. 348, así como olvidándose que la accesión sólo es posible tratándose de pertenencias de distintos dueños, y para el efecto de unificar la propiedad aun perdiéndola alguno de los mismos.

Los artículos 348, 349 y 350, que señalan los derechos en que consiste la propiedad, y que por lo mismo corresponden, según decía, al contenido del cap. 1.°, tít. 1.°, libro 3.° del Proyecto, enuncian ciertamente el derecho de disfrute, el de disposición, el de defensa y el de transformación. Mas en cuanto á los términos ó reglas que constituyen el régimen especial de cada uno de estos derechos, el Código no ha podido mostrarse más parco, toda vez que, sobre no comprender en dicho título (el de la propiedad) precepto alguno distinto de los simples enunciados relativos á los derechos de disposición y defensa, dedica al de disfrute únicamente los pocos artículos que, con motivo de la llamada accesión, tratan del producto de los bienes, como si sólo á éste alcanzara el disfrute de los mismos; limita el de transformación al art. 359, comprendido igualmente en la accesión, y al capítulo que trata de los edificios ruinosos y de los árboles que amenazan caerse, y completa en cierto modo su cap. 1.° con los 3.° y 4.° del mismo título, en que se suple la omisión de aquél, tratando del deslinde y amojonamiento y del derecho de cerrar las fincas rústicas.

La sola lectura de los artículos del Proyecto referentes al citado capítulo en que trata de la propiedad en general, da clara idea del modo como he procurado salvar las referidas deficiencias del Código, presentando, con la extensión que á mi juicio corresponde, el régimen de cada uno de los mencionados derechos que integran la propiedad de las cosas, y que por alcanzar á todas, forman, como expresa, lo mismo el Código que el Proyecto, la materia relativa á la propiedad en general.

Artículo 348.—La disposición de este artículo es quizás la más transcendental de cuantas contiene el libro 2.° del Código civil.

Sólo con indicar que se propone definir la propiedad, está dicho que forzosamente el contenido de este precepto

es uno de los más interesantes de la esfera del derecho civil.

De su acierto, por lo mismo, ha de depender la claridad ó confusión del tratado de bienes.

A mi juicio, sin embargo, el criterio del Código acerca de la propiedad, si hay que buscarlo donde contiene su definición, dista mucho de corresponder á lo que, en mi opinión, constituye su materia.

Limítase el concepto de la propiedad, según el Código, á la simple afirmación de dos derechos, que si bien son aquellos en que principalmente se concentra el interés de la propiedad, á saber, el derecho de disfrute y la facultad de disponer, no son, sin embargo, los únicos que produce.

Es más: ya queda indicado en la Parte general que la propiedad no es meramente un derecho, es decir, la resultante de alguna relación jurídica, y por tanto, la facultad, título ó atribución de algún sujeto de derecho, sino que ante todo se caracteriza por un estado de las cosas susceptibles de apropiación que presenta, en consideración á esta cualidad de las mismas, la situación opuesta á la de aquellas cuya pertenencia no resulta determinada ni por la propiedad pública ni por la propiedad privada, y que tiene como régimen jurídico de semejante situación de las cosas apropiadas su privativo derecho, es decir, el llamado derecho de propiedad, que forzosamente ha de abarcar las dos partes referentes, una á los derechos en que consisten las diversas utilidades que las cosas pueden prestar (la propiedad en general), y otra á los derechos que constituyen las diversas clases ó formas de aprovechar las utilidades referidas (la clasificación de la propiedad).

Suponer, pues, que la propiedad es solo el derecho de gozar y disponer de una cosa, es reducir el concepto de la propiedad á un terreno tan estrecho que, sobre prescindir en absoluto de todo cuanto se refiere á la clasifica-

ción de la propiedad, limita únicamente á dos manifestaciones de las utilidades de las cosas los derechos que lleva consigo; cuando es evidentísimo que, aunque por la propiedad se goce y disponga de las cosas, no es menos cierto que en virtud de ella también se las transforma, se las deslinda, se las cierra, si se quiere, y se las ampara ó defiende.

Todas estas categorías necesariamente resultan reunidas como en una conjunción cuando de la propiedad se trata, pues ellas son y no pueden menos de ser, la base ó materia general del derecho de propiedad; por lo cual puede afirmarse que en la definición del art. 348 del Código, no sólo se confunde el concepto de la propiedad con lo que únicamente conviene á una parte muy limitada del derecho de propiedad, sino que por otro lado, señaladamente por el contenido de su párrafo segundo, se incurre en otra confusión más lastimosa todavía para la práctica de este régimen jurídico y que consiste en confundir la propiedad y el dominio.

Decir que la propiedad sólo es el derecho de gozar y disponer, es una parte de la verdad; pero decir que la propiedad es el dominio, es una notoria inexactitud.

Para definir la propiedad con los derechos que produce, sería necesario comprenderlos todos; pero para tomar la propiedad como sinónima de dominio, sería indispensable suponer que aquélla nada tiene que ver con las servidumbres y las cargas y gravámenes; en una palabra, con cuanto generalmente se conoce con el nombre de derechos reales limitativos, ó modificaciones del dominio, aun comprendiendo entre las servidumbres las conocidas como personales, tanto por el derecho romano como por la legislación patria.

Aun cuando el Código no se haya atrevido á decir francamente que la propiedad es el dominio, equivale á decirlo afirmar, como lo hace en el párrafo 2.° del artículo de que

me estoy ocupando, "que el propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla".

Si hubiera dicho que semejante acción corresponde al dueño, además de haber habido exactitud en el precepto, no se habría incurrido en la confusión entre la propiedad y el dominio. Pero declarar que aquélla corresponde al propietario, sin expresar que sea á condición de ser dueño, ó es afirmar que sólo este último reune la condición de propietario, ó incurrir en el error manifiesto de conferir á todos los propietarios, aun no siendo dueños, la acción reivindicatoria; atribuyéndola, por consiguiente, al usufructuario, al usuario, al arrendatario con título inscrito, etc.

De la indicada confusión entre la propiedad y el dominio ha derivado, sin duda, la omisión que se observa en el Código acerca de una doctrina tan importante como extensa cual es toda la que en derecho corresponde á la propiedad plena, caracterizando la esfera que en el derecho de propiedad resulta opuesta á la que es peculiar á las servidumbres (propiedad menos plena) y á las cargas y gravámenes (propiedad imperfecta).

No se ha reparado, ciertamente, en circunscribir al dueño el concepto de propietario; pero no se ha llegado al extremo, aun siendo lógico, de encerrar toda la doctrina del derecho de propiedad en el derecho de dominio. Por esto, quizá, se ve que el Código no trata del dominio en ninguna parte, como si no fuera susceptible de tener régimen jurídico, ni absolutamente indispensable, por tanto, el establecimiento de reglas, normas ó preceptos por los que, dando idea de la naturaleza del dominio, de sus clases, de su constitución, de las funciones del título y del modo para su adquisición y de las modificaciones de que es susceptible, se trazara con su debida extensión el régimen de institución tan importante, como lo hago en mi Proyecto, desenvolviendo al efecto la doctrina jurí-

dica correspondiente á la propiedad plena, presentando la base en que descansa el enlace y relación que existe entre la propiedad del dueño y la de todos los demás propietarios que no sean dueños.

CAPÍTULO II

Del derecho de accesión.

DISPOSICIÓN GENERAL

Artículo 353.—Después de haber expuesto en la Parte general la doctrina referente á la naturaleza de la accesión, á la impropiedad con que resulta calificada y ordenada en el Código civil y al lugar que corresponde á dicha institución, dada la necesidad jurídica que satisface, incumbe ahora señalar, con ocasión del artículo de que me estoy ocupando, y mejor aún de la que llama el Código disposición general, cuyo contenido comprende únicamente el mencionado artículo, la inexactitud y confusión de la especie de definición que este último contiene.

Ya entonces hube de hacer presente que el criterio del Código, en cuanto á esta institución, no sólo no resultaba claramente determinado, sino que se informaba en un conjunto ó reunión de términos por todo extremo distintos.

La propiedad de los bienes, el producto de los mismos, lo que á ellos se une ó incorpora, ya natural, ya artificialmente, todo ello viene reunido en dicha disposición general, sin que se acierte á descubrir el verdadero valor propio de cada uno de semejantes conceptos.

Sin embargo, ya decía que, en medio de esta amalgama, aparecían señaladamente dos afirmaciones, á saber: que la propiedad de los bienes da derecho por accesión á todo lo que ellos producen, y que también dicha propie-

dad, é igualmente por accesión, da derecho á cuanto se les une ó incorpora natural ó artificialmente.

En lo primero hay verdadera innecesidad de atribuir á la accesión el efecto que se regula; en lo segundo hay manifiesta inexactitud en la afirmación que se formula.

En efecto, ó sobra la propiedad, ó sobra la accesión en cuanto á la pertenencia que se reconoce respecto á los productos de los bienes.

Si la propiedad, como expresa el art. 348, envuelve ante todo el derecho de gozar, ó sea el disfrute de las cosas, es evidente que el efecto que se caracteriza por la pertenencia de los productos no es debido ciertamente al llamado derecho de accesión, sino al llamado derecho de disfrute.

En cuanto á esto, la realidad se impone. Los productos no se unen á la cosa; es más, si se prescinde de ellos á fin de reservar materia para la institución de la accesión, desaparece el disfrute; y he aquí por qué decía que en la primera de las afirmaciones que contiene el art. 353 del Código, ó sobra la accesión ó desaparece el derecho de disfrute, con lo cual quedaría fundamentalmente desmentido el derecho de propiedad.

No he de repetir en este lugar las indicaciones que á este propósito resultan consignadas en la Parte general en apoyo del criterio de que la accesión, ni corresponde al derecho de propiedad, ni debe formar parte del tratado de los bienes.

Pero ya decía hace poco que en la segunda de las afirmaciones de dicho art. 353 hay una manifiesta inexactitud.

Que la propiedad de los bienes dé derecho á todo lo que se les una ó incorpore, se comprendería con referencia á las cosas *nullius* por su ocupación, mediante las cosas que nos pertenecen.

Pero prescindir de estas dos condiciones, relativa una

á la cosa que se adquiere y la otra á aquella por la cua se realiza la adquisición, para adoptar la indicada afirmación de dicho artículo del Código en términos absolutos, como expresión de un efecto necesario del derecho de propiedad, es incurrir en un error tan palmario, que basta para reconocerlo la simple consideración de que, si lo que se une ó incorpora á alguna cosa apropiada es, á su vez, cosa apropiada también, en una palabra, cosa de ajena pertenencia, no hay términos hábiles para aplicar el principio que sólo representaría la pugna de dos dueños para convertir en suyo lo unido ó incorporado á su pertenencia respectiva.

Lo que hace el Código por el art. 353 es sólo plantear el conflicto que necesariamente surge por el hecho de la unión ó incorporación de dos cosas de distintos dueños, pero de ningún modo resolverlo.

Se dirá quizás que esto incumbe á las reglas que comprende el capítulo destinado á tratar de la accesión como desarrollo ó desenvolvimiento de esta institución; pero es lo cierto que cualesquiera que sean las disposiciones mediante las cuales se regule, y muy especialmente si por ellas se persigue la idea de singularizar la pertenencia, habrán de ser la confirmación y negación á la vez de la referida declaración contenida en dicho art. 353, á saber: confirmación de parte de aquel á cuyo favor se declara la propiedad, y negación respecto de aquel á quien se prive de la misma.

Por esto decía que la afirmación del citado artículo era realmente inexacta, desde el momento en que no todo propietario puede tener seguridad de que él tenga derecho á cuanto se una ó incorpore á sus bienes.

Podrá ser esta la solución en ciertos casos, tratándose de caracterizar el hecho de la unión ó incorporación, por lo que, en atención á la permanencia, situación, ó estimación de alguna de las cosas incorporadas, se repute

principal ó califique de accesoria; pero, precisamente estas diversas circunstancias que han de influir para merecer dicha calificación, demuestran claramente que ni cabe atribuir valor absoluto á aquella afirmación del Código á que antes me refería, ni deja de ser expuesto el admitirlas sin determinar al mismo tiempo en qué ha de consistir la unión ó incorporación á que hace referencia, sobre todo no habiendo comprendido en la clasificación de las cosas la concerniente á las principales y accesorias; acerca de cuyo extremo se ve ya precisado el Código á acudir á semejante clasificación al tratar del derecho de accesión respecto á los bienes muebles (sección 3.ª del presente capítulo), para dar siquiera idea del criterio bajo el cual resuelve los efectos de la incorporación de dicha clase de cosas.

La accesión no es, pues, institución que se roce en lo más mínimo con los efectos ó consecuencias del derecho de propiedad. Se refiere únicamente á la determinación de semejante derecho cuando con ocasión de él resultan en conflicto dos derechos de propiedad análogos ó semejantes; por lo cual cabía afirmar, con más exactitud que lo hace el Código, que la propiedad de los bienes sirve de título para concurrir á la determinación de aquella que corresponde por la unión ó incorporación de cosas de distinta pertenencia.

Por esto indicaba que el artículo de que me ocupo, más bien establece el principio para motivar el conflicto jurídico que la doctrina necesaria para resolverlo; pues la accesión se muestra como la institución, reclamada por la necesidad social de determinar el derecho de propiedad, cuando por naturaleza ó en forma artificial llega á realizarse el hecho de la unión ó incorporación de cosas de diversa pertenencia sobre cuyo conjunto no cabe invocar el título originario de cualquiera de los propietarios interesados.

He aquí por qué he manifestado en la Parte general que la accesión, lejos de ser una institución relativa al tratado de los bienes, tiene su lugar correspondiente en el que se ocupa de los hechos ó de las relaciones jurídicas.

Llamada á provocar un nuevo título de derecho, para cimentar en él la propiedad del conjunto ó reunión de varias cosas, debe necesariamente formar parte del libro que se ocupa de los títulos jurídicos, sobre lo cual quedan ya consignadas las observaciones oportunas al tratar, en dicha Parte general, de las materias que deben ser eliminadas del libro 2.º del Código civil.

SECCIÓN PRIMERA

Del derecho de accesión respecto al producto de los bienes.

Artículo 355.—Dedicado este artículo á la calificación de las distintas clases de frutos que enumera el que le precede, no puedo menos de observar la falta de un criterio definido acerca de aquellos que se designan con el nombre de frutos civiles.

El Código, por lo visto, prefirió adoptar, respecto de esta clase de frutos, el sistema, siempre peligroso, por casuístico, de su enumeración; y, sobre todo, porque, en la imposibilidad de desconocer el indicado peligro, requiere siempre semejante sistema la formulación de un concepto de analogía cuya vaguedad es muy ocasionada á dudas y cuestiones.

Compréndese que á él se acuda cuando no hay otro medio de señalar los límites de la materia que se regula; pero esto mismo exige una prudencia exquisita, y aun mejor huir de semejante sistema, siempre que sea posible.

Por esto he creído indispensable rectificar el indicado criterio del Código, formulando un concepto general, en el art. 1.224 del Proyecto, por el que cabe, desde luego,

apreciar el debido alcance de los llamados frutos civiles, ya que el Código, según muestra por su citado artículo, del que me estoy ocupando, no sólo no permite formar idea de la extensión con que deban ser considerados, sino que en su misma enumeración incluye conceptos que parecen excluir á otros que debieran venir comprendidos en el mismo.

Al citar, por ejemplo, el alquiler de los edificios y el precio del arrendamiento de las tierras, como si el alquiler fuese cosa distinta del precio de algún arrendamiento, más bien parece inclinado á señalar como fruto civil el producto del arrendamiento de los inmuebles, cual si se hubiera propuesto excluir el que sea resultado del arrendamiento de los muebles.

Lo mismo puede decirse acerca de la designación que emplea respecto á las rentas, perpetuas ó vitalicias; pues sobre ser cualquiera de ellas expresión de algún derecho real ó personal, bajo cuyo concepto podrían haber sido caracterizadas más notoriamente, su designación como tales rentas, huyendo en cierto modo del valor jurídico del derecho que representan, para acogerse tan solo á una locución, cuyo tecnicismo el Código no determina, tiene el inconveniente de que ni es fácil señalar si éste se refiere, al hacerla, á las rentas que derivan de las cosas, ó á las que emanan de algún compromiso ú obligaión, ó á las que se muestran como expresión del interés del dinero, ó cualquier otro de los extremos ó motivos por los cuales se estiman las prestaciones como rentas perpetuas ó temporales.

Artículo 356.—Sobre lo dispuesto en este artículo del Código sólo he de llamar la atención respecto á la palabra *tercero,* cuya locución emplea para designar la persona distinta de aquel que percibe los frutos.

Aunque á primera vista parezca escasa la trascendencia de semejante designación, estimo indispensable recti-

ficarla en este punto, teniendo presente que precisamente la idea ó concepto de tercero juega un papel importantísimo en todo lo que se refiere á nuestro régimen hipotecario, para lo cual es necesario que las leyes civiles, y muy especialmente el Código, mantengan en su pureza la tecnología jurídica; pues de otro modo, además de introducir la confusión consiguiente, que haría incierto el valor de dicha designación en los casos que corresponde, llevaría consigo, aun respecto al mismo artículo de que ahora me ocupo, tal obscuridad para su aplicación, que por no encontrarse la tercera persona sobre quien hacerla recaer vendría en cierto modo á quedar ineficaz el precepto, á menos de prescindir, como decía, del concepto de tercero para fijarse tan sólo en el de persona distinta, conforme al criterio que en tal sentido resulta en el artículo 1.225 del Proyecto.

SECCIÓN SEGUNDA

Del derecho de accesión respecto á los bienes inmuebles.

Artículo 359.—Este artículo huelga completamente en la institución de la accesión.

La presunción que establece en favor del propietario no deriva de la unión ó incorporación de cosas pertenecientes á otro; emana únicamente de la extensión del derecho de propiedad, viniendo á ser el corolario de la doctrina establecida en el art. 350 del mismo Código, reconociendo al propietario el derecho de transformación, y en cuyo precepto, por lo mismo, debía lógicamente haber sido comprendido.

Artículos 368 y 374.—La materia de estos dos artículos, aun sin prejuzgar solución alguna respecto á si deben ó no formar parte de la que corresponde á la institución de la accesión, revela desde luego, así por la solución que

formulan, como, y muy especialmente por la oposición en que resultan con el criterio que en forma de disposición general consigna el Código acerca del valor jurídico de la accesión en su art. 353, que deberían ser excluídos del régimen de semejante institución, á reserva de colocarlos, si se estimaba indispensable sostener los preceptos que establecen, en cualquiera otra parte destinada á fijar la permanencia y extensión del derecho de propiedad.

En dichos dos artículos no se trata ciertamente del producto de los bienes. Su inclusión, por tanto, en el capítulo dedicado al derecho de accesión ha de fundarse, según el citado art. 353, en la unión ó incorporación de los predios á que hacen referencia; siendo de advertir, sin embargo, que si dicha circunstancia concurre en la situación de que se ocupa el art. 368, no así en aquella de que trata el artículo 374.

Este último artículo, de consiguiente, huelga por completo en materia de accesión, pues no contiene siquiera ni una sola de las circunstancias indispensables para que pueda tener lugar, según la citada disposición general del mencionado art. 353.

Pero si el 374 carece de pertinencia por falta de condiciones para que la accesión se dé, el 368 resulta también notoriamente ajeno á esta institución, precisamente por la solución que adopta; pues al declarar que el dueño de la finca á que pertenecía la parte segregada conserva la propiedad de ésta, reconoce explícitamente lo contrario de cuanto establece como principio fundamental en materia de accesión el art. 353, como que en vez de sustentar, conforme á éste, que la propiedad de los bienes da derecho á lo que se les une ó incorpora, se niega ó desconoce semejante derecho, estableciendo por el citado artículo 368 que el dueño de la propiedad transportada ó incorporada siga siendo el dueño ó propietario de la misma.

SECCIÓN TERCERA

Del derecho de accesión respecto á los bienes muebles.

Artículos 375, 376 y 377.—Sin perjuicio de lo que con referencia á la accesión establece el primero de estos tres artículos, para determinar con ocasión de la incorporación de dos cosas muebles la propiedad de su resultado, puede decirse que los tres preceptos citados vienen á suplir en este lugar una de las deficiencias de la clasificación de los bienes según el Código civil.

Si al tratar de dicha clasificación en el título 1.° de este libro prescindió el Código de lo relativo á la distinción de las cosas en principales y accesorias, como si no representara una necesidad en el derecho y no revistiera, por lo mismo, un verdadero interés jurídico, al fin no ha podido menos de reconocer su significación ó trascendencia, por más que su expresión en este lugar, además de revelar la imprevisión consiguiente con que se procedió en dicho título 1.°, tiene el inconveniente de circunscribir á la institución de la accesión el referido valor de las cosas como principales y accesorias.

Es más: esta limitación en cuanto al interés de dicha clasificación, queda todavía especialmente reducida á la accesión de cosas muebles, y en ella á la materia generalmente conocida con el nombre de adjunción ó conjunción.

Véase la trascendencia que tiene dejar de ocuparse de una materia jurídica en el lugar que le corresponde.

Al valor general que naturalmente le habría conferido la inclusión de dicha división en la clasificación de los bienes, le sustituye el valor verdaderamente diminuto de su aplicación á una sola institución, y únicamente, respecto de ella, á una parte sumamente reducida de la misma.

No desconozco, sin embargo, que la práctica rectificará este sentido del Código aplicando la doctrina de lo principal y accesorio, aun cuando no se trate meramente de casos de adjunción en la accesión de bienes muebles; ni tengo tampoco por qué ocuparme de semejante rectificación, encaminada á responder á la referida necesidad de hacer partir de la clasificación de las cosas el interés de su división en principales y accesorias, toda vez que ya á este propósito queda expuesto en la Parte general cuanto hace referencia á los términos ó extremos que debe abarcar la clasificación de los bienes.

De todos modos, las circunstancias por las que el Código caracteriza la calificación, respectiva de los conceptos que comprende la indicada división, distan mucho de lo que, á mi juicio, es indispensable para determinar con claridad lo correspondiente á este asunto.

Hay, ciertamente, en el Código verdadera harmonía con lo que la tradicion jurídica, muy deficiente siempre en lo relativo á esta materia, ha mantenido constantemente en nuestro derecho.

Pero aunque esto justifique la observancia en cierto modo de lo prevenido en la ley de Bases acerca de este particular, no es motivo para suponer que dicha ley impusiera la precisión de atenerse á la tradición, aun cuando resultara obscura ó insuficiente al formular la materia sobre que verse.

Decir como dice el art. 376 que entre dos cosas incorporadas se reputa principal aquélla á que se ha unido otra por adorno, ó para su uso ó perfección, es estatuir un criterio muy reducido en cuanto á los elementos de la incorporación, que no debe limitarse al caso en que sólo se trata de la que se verifique entre dos cosas, sino extentenderse á cuantos pueda la incorporación realizarse con mayor número; y muy vago ó indeterminado, en cuanto se formula una regla que es de pura apreciación, hasta el

punto de que el mismo Código se encarga de rectificarla á renglón seguido, ya á manera de excepción por el párrafo segundo del art. 377, ya en forma en cierto modo contradictoria con lo prevenido en el art. 375 por el párrafo segundo del art. 378.

El solo enunciado de los indicados conceptos indeterminados que constituyen la regla general del Código es bastante para comprender que tratándose de la adjunción, en que cada uno de los componentes conserva generalmente su integridad, unos considerarán como adorno ó medio para el uso ó perfección lo que otros estimarán en sentido diametralmente contrario.

A evitar semejante incertidumbre en cuanto al resultado que persigue el interés jurídico de la división de las cosas en principales y accesorias, así como para evitar asimismo el carácter esencialmente casuístico del indicado criterio, y la necesidad inmediata de su rectificación ó contradicción (dichos artículos 377 y 378), formúlanse en el Proyecto las reglas generales contenidas en sus artículos 1.136 á 1.138, sobre cuya doctrina dejo ya expuesto lo necesario en la Parte general.

Por lo demás, acerca de sus aplicaciones en materia de accesión, nada he de anticipar en este momento. Es asunto que habré de desenvolver en su día al ocuparme de dicha institución, cuando trate de las relaciones jurídicas en el libro 4.° del Proyecto, pues sólo aquí importaba llamarla atención sobre la referida necesidad de llevar á la clasificación de los bienes esta materia que el Código incluye en la accesión, como si fuera parte de la misma, y conferir á la división de las cosas en principales y accesorias el valor general que el Código reduce al meramente limitado á la accesión de cosas muebles en lo relativo á la adjunción.

Artículo 379.—Aunque no me propongo exponer cosa alguna acerca de la solución que corresponde en los casos

á que se refiere este precepto del Código, pues ya dejo indicado que éste será asunto que trataré al formular el régimen de la accesión, he de señalar, no obstante, la inconsecuencia que resulta aun dentro del criterio adoptado en el artículo de que me estoy ocupando.

Comprenderíase que si al fin se proponía el Código castigar la mala fe en la incorporación de las cosas con la pérdida de aquella perteneciente al autor de la incorporación, y aun esto, además de la indemnización de perjuicios á favor del propietario de la otra, se hubiera mantenido igual criterio, ya fuera el autor el dueño de la cosa accesoria, ya lo fuese el dueño de la cosa principal.

Desde el momento en que se confiere derecho á ser indemnizado á aquel en cuyo provecho ó utilidad se castiga la mala fe del otro, parecía natural que, extendiendo la indemnización á cuanto fuese necesario, para reintegrarle en la utilidad jurídica de la que resultase privado por la mala fe de otra persona, no se llegara al extremo de imponer á esta última la pérdida ó el comiso de lo que á ella pertenece.

Erigida como regla para el deslinde de los intereses contrapuestos por la incorporación la de indemnizar completamente al que no haya intervenido en aquélla, ó no le sea imputable mala fe, no parece indispensable agravar, aunque se trate de aquel á quien ésta sea imputable, su situación respectiva con la pérdida ó comiso de lo que al mismo corresponde.

Pero, independientemente de lo que la equidad pueda aconsejar como medio más acertado de ponderar la referida situación distinta de uno y otro de los dos dueños ó interesados en las cosas incorporadas, parece todavía más dura la solución admitida por el Código, dada la desigualdad de la resolución que adopta.

Aun suponiendo que haya razón plausible para castigar la mala fe con la pérdida ó el comiso de la cosa incorpo-

rada, parece lógico que semejante regla se aplicara á todo el que haya procedido de mala fe, ya sea el dueño de la cosa accesoria, ya sea el dueño de la cosa principal.

En este punto lo accesorio y principal no juegan ni deben jugar otro papel que el de servir de medio de apreciación para determinar en quién deba singularizarse la propiedad de la cosa producida por la incorporación de dos ó más; así como en quién deba recaer la elección, caso necesario, respecto al modo más adecuado para realizar dicha singularización.

Para llegar al extremo que lo accesorio trascienda al punto de exigir castigo contra la mala fe, y lo principal, por el contrario, sirva para constituir patente de impunidad en favor del que haya procedido de mala fe, es, según indicaba, acoger en el derecho un principio de desigualdad en pugna abierta con el criterio racional que debe presidir siempre que se trate de señalar una responsabilidad, y más aún si reviste en cierto modo los caracteres de una pena.

Pues si á esto se añade lo que hacía presente con ocasión de los artículos anteriores del Código respecto á la estimación propiamente indeterminada de lo que es principal y lo que es accesorio, es decir, atribuyendo los expresados efectos de este art. 379 á una materia notoriamente incierta, aun atendiendo á la regla jurídica que ha de servir para su apreciación (los citados artículos del 376 al 378), dígase si no resulta en cierto modo cruel que la imposición de la pena de comiso se declare precisamente en asunto que viene á ser, después de todo, de mera apreciación.

Artículo 382.—Tampoco acerca de este artículo es mi ánimo tratar del acierto que haya habido en las soluciones del Código. He de ocuparme del asunto sobre que versa cuando en el Proyecto formule la institución de la ac-

cesión, y para entonces reservo lo que, á mi juicio, corresponda respecto á las soluciones adoptadas.

Lo único sobre lo cual estimo conveniente llamar la atención, es respecto al criterio que como sanción contra la mala fe estatuye el párrafo segundo del presente artículo.

No porque al fin el Código haya mantenido aquí también la doctrina sustentada en el párrafo primero del artículo 379, castigando, por decirlo así, con la pérdida ó comiso de lo propio al que con mala fe dé lugar á la incorporación ó mezcla de dos cosas de distinta pertenencia, ha llegado al extremo de agravar semejante situación mediante una regla de notoria desigualdad como la que contiene dicho art. 379.

En la del párrafo segundo del artículo de que ahora me ocupo, la sanción es la misma para cualquiera de los dueños que haya procedido de mala fe; y parecía natural que estimando el Código como justo este resultado en este artículo, no hubiera dejado de apreciarlo de igual modo en el 379, pues que, como decía hace poco con referencia á este último artículo, la circunstancia de que la cosa incorporada pueda reputarse principal ó estimarse como accesoria, nada tiene que ver con la sanción por la cual se intente contrarrestar todo elemento sugestivo para proceder de mala fe.

No se olvide, además, que los términos del art. 382 resultan formulados con una generalidad que en algún modo contrasta con lo prevenido en el párrafo 1.º del artículo 378. No parece sino que, aun cuando las cosas mezcladas puedan separarse sin detrimento, deba tener, desde luego, aplicación lo prevenido en el precepto de que ahora me ocupo; circunstancia que, si bien podría parecer dudosa en cuanto á la materia á que se refiere el párrafo primero de este artículo, al compararlo con lo dispuesto en el inmediatamente anterior (el 381), aparece, no obstante, im-

puesta en lo relativo al párrafo segundo del mismo artículo, según el cual, desde el momento en que con mala fe se haya provocado la mezcla ó confusión, sobreviene el comiso, quepa ó no quepa la separación sin detrimento.

CAPÍTULO III

Del deslinde y amojonamiento.

No he de repetir ahora lo que ya dejo indicado en el capítulo 1.° del presente título.

La materia de este capítulo indudablemente forma parte del derecho de propiedad; pero más bien debía venir comprendida en el citado cap. 1.°, en el que el Código se ocupa de la propiedad en general.

Las primeras palabras del primer artículo de este capítulo (el 384) justifican esta misma indicación, revelando que se trata de un asunto común á todo propietario, ó, por mejor decir, á todo interesado en el derecho de propiedad.

Mas aunque en este sentido el presente capítulo venga á servir de complemento ó desarrollo de la materia jurídica de que trata el cap. 1.° de este mismo título, lo que principalmente le importa considerar es la extensión ó alcance que puede merecer el deslinde ó amojonamiento de las fincas ó propiedades prediales; pues precisamente el Código revela en este punto una deficiencia notoria omitiendo calificar la naturaleza del deslinde y los efectos que está llamado á producir, extremos ambos que pueden dar lugar á consecuencias trascendentales, lo mismo respecto al derecho de propiedad que acerca de los efectos de la posesión, y muy señaladamente en lo relativo á las acciones que puedan ejercitarse para la respectiva defensa de unos y de otros.

El Código, dando por supuesto todo lo relativo á la naturaleza y efectos del deslinde, reduce sus reglas á la

simple determinación de quién puede provocarlo y sobre qué elementos de justificación ha de versar.

Pero cuál haya de ser el objeto inmediato del deslinde, qué deba respetarse como base obligada para poder practicarlo, en qué límites, de consiguiente, debe verificarse, y hasta dónde puedan alcanzar los efectos que del mismo se deriven, son todos estos particulares, como su propio enunciado indica, asuntos importantísimos acerca de los cuales guarda absoluto silencio nuestro Código civil. De ello, sin embargo, depende la verdadera utilidad jurídica del deslinde. De otro modo, lejos de ser éste un derecho para definir ó defender, en su caso, la propiedad respectiva, sería más bien elemento de verdadera perturbación. De sobra se comprende cuán ocasionado sería el deslinde al intento de realizar una expoliación si, por la indeterminación de su naturaleza y efectos, pudiera convertirse en medio de adquirir la propiedad.

No porque se tenga esta propiedad sobre algún predio y se acuda al pretexto de verificar su deslinde para extender aquél adonde aquélla no llega, dejaría de realizarse una verdadera usurpación, si, con ocasión de semejante pretexto (es decir, la facultad de deslindar), cupiera privar á otro de lo que le pertenezca ó se halle en quieta ó pacífica posesión.

Para tales subterfugios en el derecho, el deslinde se ofrece sólo como un medio de que resulta forzosamente privado el que para adquirir el todo ó parte de un predio cualquiera no puede partir de la posesión ó pertenencia que tenga sobre otro predio distinto. Pero al fin, siendo como deben ser comunes á todos los propietarios los medios reconocidos para la legítima defensa de sus predios; no debiendo éstos mermarse en lo más mínimo ni aun enfrente de los que resulten contiguos ó colindantes, es absolutamente indispensable que, para salvar principalmente esta evidente necesidad, se señale con marcada precisión

la esfera de acción del derecho al deslinde, trazando al efecto los límites en que únicamente puede tener utilidad verdaderamente jurídica.

He aquí por qué decía que, al fijar la atención en los artículos del Código dedicados á esta materia, no puedo menos de lamentar la deficiencia de su régimen.

¿Qué importa saber que todo propietario pueda deslindar su propiedad, si se desconoce ó no se determina en qué ha de consistir el ejercicio de semejante facultad? ¿Podrá servir como forma para una verdadera adquisición? Aunque en cierto modo parece estimarlo así el contenido de los artículos 386 y 387 del Código, ¿qué circunstancias deberán concurrir, independientemente de los títulos de la propiedad y aun de la misma posesión, para que por el deslinde puedan realizarse las adquisiciones á que dichos artículos hacen referencia? ¿Deberá ceder la posesión al resultado de los títulos de propiedad tratándose de un simple expediente de deslinde? ¿Deberá, en tales expedientes, limitarse el valor de aquellos títulos á la posible confirmación documental del estado posesorio, para cifrar de tal suerte exclusivamente en la posesión actual la base en que ha de descansar el deslinde y los efectos que del mismo sea posible derivar? ¿Cabrá, en fin, atribuir al deslinde la virtualidad propia de la justificación del derecho de propiedad para determinarla, según él, cual si se tratara de su reclamación en un verdadero juicio? ¿Hay posibilidad, en una palabra, de admitir que entre propietarios colindantes quepa sustituir por el *deslinde obligado*, la necesidad del juicio petitorio, para estatuir en favor de alguno de ellos la propiedad de cualquier parte de terreno contiguo á su predio respectivo?

Si el deslinde puede servir para resolver en definitiva sobre el derecho de propiedad ó si sólo debe utilizarse para definir el estado posesorio, ó si aun en este último concepto está llamado únicamente á fijar la posesión actual, como

base para la expresión de aquel estado, ante cualquiera reclamación que se provoque sobre propiedad ó posesión de lo que sea objeto del deslinde; cosas son estas sin cuya puntualización no es fácil poder determinar con claridad los problemas anteriormente indicados, y sobre todo lo cual no hay manera de orientarse dentro de los reducidos límites en que trata del deslinde nuestro Código civil.

Su comparación con los artículos 1.238 y siguientes del Proyecto pone de manifiesto lo que acabo de indicar, bastándome por lo mismo remitirme á su contenido, cuyo fondo comprende los elementos necesarios para la solución de los diversos conflictos á que puede dar lugar esta importantísima materia.

Artículo 384.—Ya antes de ahora he tenido necesidad de llamar la atención sobre este artículo, que, independientemente de cuanto se refiere á la naturaleza y funciones del deslinde, ofrece la particularidad de excluir en cierto modo del concepto de propietario á todos aquellos á quienes corresponde algún derecho real.

La dicción, á mi juicio poco feliz, de este precepto legal, lleva lógicamente á la consecuencia indicada al comparar los términos de los dos párrafos que contiene.

De no envolver semejante negativa, que es consecuencia forzosa de desconocer á los derechos reales como verdaderas formas de propiedad, resulta por todo extremo innecesario el párrafo 2.° del mencionado artículo. Si el Código reputara propietarios á los que tengan derechos reales, no estaría en el caso de decir, en dicho párrafo 2.°, que á éstos fuera extensiva la misma facultad que el párrafo 1.° declara á favor de todo propietario.

Lo que hay es que, como ya hube de manifestar en otro lugar, el Código ha tomado el concepto de propietario por sinónimo de dueño; y á pesar de esto, resulta en el mencionado artículo, que ni es correcta la dicción bajo esta sinonimia, pues no tenía que hablar de todo propietario,

bastándole con declarar que el dueño tiene derecho á deslindar su propiedad, ni es exacta tampoco la contenida en el párrafo 2.°, según el cual parece desconocerse el valor de derecho real al derecho de dominio.

Así, pues, el concepto de propietario empleado por el Código, no sólo resulta poco preciso en consideración á los demás términos del mencionado artículo, sino que ni aun cabe apreciar si el Código excluye ó no al poseedor de la facultad de provocar el deslinde, cuando declara que la citación ha de entenderse con los *dueños* de los predios colindantes, como si no bastara hacerlo con sus respectivos poseedores, y cuando en ninguna parte califica de derecho real á la posesión, siquiera para el efecto de considerar que en este último sentido comprendiera al poseedor en el citado párrafo 2.° del artículo de que me estoy ocupando.

De todas suertes, la referida necesidad derivada del indicado precepto de practicar la citación á los dueños de los predios colindantes, ha de originar, en la mayor parte de los casos, dificultades insuperables para la realización ó práctica del derecho al deslinde y amojonamiento, y en muchos otros, si no en los más, ha de dar lugar á una verdadera incertidumbre en cuanto al resultado de semejante ejercicio.

Sólo dicha exigencia legal revela que, según el Código, para la individualización de los predios precisa decidir previamente acerca del dominio de los mismos.

No basta entenderse con el poseedor; es menester hacerlo con el dueño: y he aquí un particular que, sobre llevar consigo la posibilidad de exigir la exhibición de títulos, so pena de crear un obstáculo á la realización del deslinde, compromete igualmente la eficacia del mismo ante cualquiera duda ó verdadera cuestión que exista ó sobrevenga respecto al derecho dominical en alguno de los predios colindantes.

En este punto interesa, ante todo, decidirse sobre si es necesario para el deslinde entenderlo con los dueños, ó si sólo corresponde hacerlo con los que estén en posesión de los predios colindantes; es decir: si es condición indispensable para el deslinde el conocimiento perfecto y definitivo del estado legal que tenga la propiedad, ó si, en atención á los efectos que aquél está llamado á producir, debe partirse ante todo de la situación de hecho que la posesión revele en cuanto á la separación ó independencia de los predios, para determinar por de pronto cuanto constituye parte integrante de cualquiera de los mismos.

Si el Código hubiera fijado ante todo la naturaleza y efectos del deslinde, forzosamente habría tenido que formular el criterio indispensable para todos estos particulares relativos á su ejecución; y á buen seguro que ni habría incurrido en la lamentable confusión de conceptos que dejo indicada acerca del artículo de que me ocupo, ni daría pie para que pueda creerse que tratándose de predios colindantes quepa alcanzar en forma de deslinde lo que, de otra suerte y en todo caso, debe quedar reservado para las reclamaciones de reivindicación correspondientes.

Es más; para que en dicho artículo no haya término que no necesite aclaración, resulta aún ésta indispensable en la simple designación de los predios colindantes, toda vez que en ella vienen naturalmente comprendidos *todos* los que lo sean de la propiedad cuyo dueño solicite el deslinde, siendo así que en toda clase de propiedades, y muy especialmente en las de gran extensión, han de resultar forzosamente sin interés alguno en el deslinde todos los que, aun cuando sean colindantes de semejante propiedad, no resulten contiguos á la parte ó faja de terreno respecto á la cual el deslinde se pretenda.

Si el Código se hubiera atenido á esto último como condición para los colindantes entre quienes el deslinde

ha de verificarse, indudablemente lo habría establecido, fijando al efecto qué debe entenderse por predios colindantes para el ejercicio del derecho de deslinde. Pero cuando no lo ha hecho, parece significar que para que sea legítimo el deslinde es preciso que á él sean llamados los dueños de *todos* los predios limítrofes, con lo cual se puede llegar á un extremo que, sobre ser altamente engorroso y propiamente innecesario, ha de ocasionar grandes dispendios y muchas veces hasta hacer imposible el ejercicio de tan importante derecho.

Artículo 385.—Es este un precepto que con más motivo aún que el anterior, de que acabo de ocuparme, apunta, ó más bien confirma la doctrina de que el deslinde no pueda ser provocado ni intervenido por los poseedores de los predios.

Aunque en este artículo se llegue á admitir la posesión como medio supletorio de justificación acerca de la propiedad de los dueños de los predios colindantes, circunscríbese por él únicamente á los mismos el derecho al deslinde de los predios.

Sólo así se comprende que este artículo exija que el deslinde se practique en conformidad ante todo con los títulos de cada propietario, cual si hubiera habido el propósito de dar á entender que los títulos posesorios, por sí solos, no pueden servir para fundar el derecho al deslinde de los predios.

No creo, sin embargo, que este haya sido el propósito de los redactores del Código. A ser así, no se les habría ocultado el peligro que antes indicaba de sustituir por el deslinde el ejercicio necesario de las acciones fundadas en el derecho de propiedad para su declaración, y de privar á los poseedores de los predios colindantes del amparo que el derecho confiere á todo poseedor, mientras no sea vencido en el correspondiente juicio sobre la propiedad.

¿Qué procederá si al deslinde concurren los propietarios

de unos predios y los poseedores de otros? ¿Deberán estos últimos perder la posesión en virtud de los títulos que ostenten los primeros y sólo por el ejercicio que los mismos hagan del citado derecho al deslinde?

Si el deslinde ha de dirigirse á la individualización de los predios sin prejuzgar cosa alguna acerca de la propiedad de los mismos, reservando en todo caso los conflictos de esta naturaleza para los correspondientes juicios petitorios, háyase ó no practicado el deslinde de los predios á que puedan referirse, es indudable que aunque la base obligada para el ejercicio de aquel derecho estribe en el disfrute de algún derecho real ó de verdadera propiedad, su punto de partida ha de ser la situación de hecho que por de pronto revele el estado posesorio relativamente al mismo, ya como medio de definir el alcance de la posesión actual, aun como elemento previo para fijar la situación que debe ser mantenida durante cualquier juicio, ya como medio también de hacer posible que la individualización y la determinación de la integridad de cualquier predio no obste á toda reclamación que acerca de su propiedad pueda debidamente formularse.

De esta suerte lo dispuesto en el art. 385 del Código no puede menos de entenderse en los límites de la propiedad presunta que derive del estado de posesión, y por tanto, con relación á los respectivos títulos de cada poseedor que concurra á la práctica del deslinde, ya que al fin éste no es ni debe ser bastante para impedir á los colindantes la legítima defensa de su derecho, tanto de propiedad como de posesión, ni para obligarles á la exhibición de sus títulos, bajo pena, en otro caso, de la caducidad ó pérdida del derecho que en virtud de los mismos les corresponda.

En este sentido no puedo menos de considerar indispensable la reforma de este artículo, aun cuando sólo sea para suplir de algún modo la omisión del Código en cuanto á la naturaleza, alcance y efectos del llamado derecho de

deslinde, pues sólo fijando de esta suerte los límites de la trascendencia que al deslinde corresponde, se comprende lo que establecen los artículos 386 y 387 del Código civil.

CAPÍTULO IV

Del derecho de cerrar las fincas rústicas.

Artículo 388.—Complemento en cierto modo de lo establecido en el capítulo anterior, y todo como parte de cuanto abarca el derecho de defensa y deslinde, que lleva consigo en general el derecho de propiedad, es la materia sobre que versa este capítulo 4.°, cuyo único artículo, del que ahora me ocupo, sin dejar de atenerse al epígrafe del mencionado capítulo, no desenvuelve, sin embargo, todo lo que aun dentro de nuestro derecho positivo corresponde á dicho asunto.

El cierre ó cerca de los predios rústicos no es el acotamiento de los mismos. Aunque naturalmente en lo más debe entenderse comprendido lo menos, entiendo que, dado el epígrafe del capítulo, que no contiene expresión alguna respecto á la facultad de acotar, podría creerse que ésta, más bien que asunto de la legislación civil relativa al derecho de propiedad, es materia de otra esfera, como por ejemplo, la administrativa ó de leyes especiales no incluídas ni confirmadas por el Código civil.

Para evitar los errores á que esto pudiera dar lugar y mantener debidamente la eficacia del derecho de propiedad, sobre todo cuando ésta se caracteriza por la forma del dominio, considero que, á semejanza de lo hecho por el Código incluyendo el amojonamiento al tratar del deslinde en el capítulo anterior, es preciso también incluir igualmente en el actual, si no en su epígrafe en sus disposiciones, lo que en cuanto á la facultad de acotar, así como al estado de acotamiento que legalmente lleva con-

sigo el cultivo de los predios, fué ya prevenido entre nosotros por el Decreto de Cortes de 1813, reproducido por el de 6 de Septiembre de 1836, y lo ha sido más modernamente en la ley de Caza de 10 de Enero de 1879.

De todas suertes, é independientemente, por lo mismo, de la materia á que debe extenderse el contenido de este capítulo, estimo que el Código, aun dentro del criterio en que se inspira, confundiendo la propiedad y el dominio, ha menester de alguna reforma respecto al mencionado artículo 388.

Sus primeras palabras, idénticas en un todo á las del artículo 384, parecen circunscribir en la persona del dueño el derecho á que dicho artículo se refiere.

Ya hube de indicar entonces que esta era la consecuencia de oponer el concepto de propietario al de cualquier tenedor de un derecho real; pero aunque en el artículo de que me ocupo no resalte semejante oposición, á causa del absoluto silencio que en él guarda el Código respecto á los tenedores de algún derecho real, no puede menos de considerarse que la referida expresión «todo propietario» inicial, como dejo dicho, de los dos artículos citados 384 y 388, mereció igual estimación jurídica á los redactores del Código.

Caracterizada en este sentido como facultad dominical ó atributo del dueño la de cerrar ó cercar sus heredades, respondiendo al efecto al criterio sustentado por nuestra jurisprudencia, señaladamente acerca de lo establecido en la citada ley de 8 de Junio de 1813; opuesta de esta suerte semejante facultad á las que son peculiares de los demás derechos reales, en lugar de mostrarla como nota común igualmente de estos últimos, según se establece para el derecho de deslinde y amojonamiento en el art. 384, no puede menos de observarse que, aun cuando resulte acertado dicho criterio limitativo en favor del derecho dominical en lo referente al cierre ó acotamiento de las fincas

rústicas, no cabe, sin embargo, adoptarlo de una manera tan absoluta como aparece en el Código para que con la mera condición de propietario pueda hacerse uso de semejante facultad, ni para que exclusivamente se circunscriba en el derecho en que la misma consiste.

¿Qué importa ser propietario si no se tiene la posesión y el disfrute de la finca de cuyo cerramiento se trate? ¿Cabe suponer que en tal caso pueda el propietario cerrar ó cercar la heredad á despecho del que esté en posesión ó disfrute de la finca? ¿Es posible imaginar que los que estén en su posesión y disfrute no hayan siquiera de prestar su consentimiento para el cierre de la finca? ¿Ha de negarse, en fin, la facultad de cerrarla al poseedor que la disfrute cuando el dueño no es conocido ó está privado de su posesión?

Estos y otros extremos, como por ejemplo, si podrá cerrar una finca el dueño directo sin consentimiento del dueño útil, ó si podrá hacerlo el dueño de la finca que otro tenga en usufructo, son otros tantos problemas á que puede dar lugar el carácter absoluto con que el Código se pronuncia en favor de todo propietario, y conflictos que no pueden fácilmente decidirse por el precepto que examino, acerca de los cuales he procurado ofrecer la debida solución, á mi juicio, por los artículos 1.246 y 1.247 del Proyecto.

CAPÍTULO V

De los edificios ruinosos y de los árboles que amenazan caerse.

Como ya tuve ocasión de indicar en el capítulo 1.° de este mismo título, la materia á que se refiere este capítulo 5.° no es otra cosa que un corolario de la doctrina consignada en el art. 350 del Código respecto á la facultad del propietario de hacer en su terreno las obras, planta-

ciones ó excavaciones que le convengan; en una palabra, de transformar su propiedad en el modo que estime conveniente, siempre que no lastime derechos ajenos.

La extensión que con respecto á la cosa apropiada lleva consigo el derecho de propiedad para que en pro ó en contra del propietario ceda todo lo que se traduzca en daño ó beneficio de la misma, estatuye un orden de efectos jurídicos cimentados en el derecho de transformación y entre los cuales lógicamente corresponde la materia que contienen los tres artículos comprendidos en este capítulo 5.°

De otro modo no sería fácil adivinar el motivo por el que, independientemente de la propiedad en general, de que se ocupa el capítulo 1.°, se tratara aquí de los edificios ruinosos y de los árboles, como si hubiera el propósito más bien de ocuparse de la clasificación de las cosas que de la situación jurídica creada sobre las mismas.

Por esto en realidad nada he de añadir acerca de los particulares á que concretamente se refieren dichos artículos (389 á 391), como no sea lamentar nuevamente la falta de uniformidad con que califica la pertenencia, ya mediante el concepto de propietario (art. 389), ya valiéndose del concepto de dueño (art. 390).

Aun cuando el Código se hubiera propuesto atribuir el mismo valor jurídico á semejantes locuciones, lo más recto habría sido atenerse á cualquiera de ellas, si es que no había de declararse explícitamente, como no se hace en artículo alguno del Código, la absoluta sinonimia entre el concepto de propietario y el concepto de dueño.

No he de repetir tampoco lo que con motivo de semejante confusión me he visto precisado á exponer respecto á otros preceptos del Código; pues desde luego se ve que si la obligación á que hace referencia el art. 390 se circunscribiera exclusivamente á la persona del dueño, en muchos casos se haría poco menos que imposible aten-

derla oportunamente, aun cuando fuera interviniendo la autoridad en defecto de aquél, ó por ignorarse quién fuera el dueño, ó por existir litigio sobre el dominio, ó por las modificaciones del mismo ó por cualquier otra causa.

TÍTULO III

De la comunidad de bienes.

Asunto es este acerca del cual resultan acordes en principio, é igualmente en gran parte de su desarrollo, el Código y el Proyecto. No importa que dicho Cuerpo legal lo designe con el nombre de «Comunidad de bienes». Aun cuando esta versión se preste más fácilmente al equivocado concepto que con precedentes, por cierto de origen romano, ha inducido en algunos Códigos hispano-americanos como el de Guatemala, el de la República Argentina y el de Chile, por ejemplo, á considerar como cuasi-contrato á dicha comunidad, suponiendo sin duda inherentes á la misma obligación que sólo pueden derivar de hechos relativos surgidos con ocasión de ella, es lo cierto que al fin el Código, estimando seguramente más fundada la doctrina de los Códigos europeos que, como los de Austria, Italia y Portugal se ocupan de semejante comunidad, la trata al hacerlo de la propiedad, presentándola por tanto, cual corresponde, como una forma ó clase de ésta, según ya con más exactitud en su designación la enuncia el Código australiano en el capítulo XVI (artículos del 825 al 41) de la sección 1.ª de la parte 2.ª, en que se ocupa «del derecho relativo á la cosa» calificándola «de la comunidad de la propiedad y otros derechos reales».

Forma de propiedad y materia por tanto correspondiente á esta institución es aquella destinada á regular la situación ó estado de la cosa que pertenece á varios intere-

sados teniendo todos un derecho que aun siendo distintó en cantidad, si así puede decirse, es enteramente igual en calidad. La unidad de cosa, la pluralidad de personas y la identidad de utilidades jurídicas, ó lo que es lo mismo, del derecho de propiedad de cada una, constituyen, según ya he indicado antes, las notas características de esta clase de pertenencia. Que la cosa pertenece por entero ó en totalidad á muchos, que no pertenece singularmente á ninguno ni en totalidad ni en parte alguna determinada, que su propiedad singular sólo puede ser resultado de su división, y que con motivo ó á consecuencia de tan calificadas circunstancias la distinción del derecho de cada partícipe se basa en el fraccionamiento ideal que permite el concepto de la cantidad, son notas que como especiales de la pertenencia pro indiviso revelan desde luego que por la proporcionalidad del interés que en las utilidades de la cosa corresponde á cada partícipe, han de obtenerse prácticamente los resultados del derecho de cada uno, que si es por naturaleza igual al de los demás, es, no obstante, distinto y puede ser también cuantitativamente diferente por los resultados ó efectos que está llamado á producir. ¿Cómo conseguir que una cosa ó varias que pertenecen á muchos sin pertenecer concretamente á ninguno, ni siquiera en alguna parte positiva de la misma, puedan servir á todos y á cada uno en la comunidad que componen con carácter tan exclusivo y absoluto como si se tratara de la propiedad singular?

He aquí propiamente el problema, ó por mejor decir, la necesidad social á que responde la institución de la propiedad comunal. Ya reconozca por causa la indivisibilidad de la cosa, ó el mejor destino que pueda tener según su naturaleza, ó el interés ó voluntad de los copartícipes, siempre la referida propiedad representa una situación que el derecho está en el caso de regular para poder corresponder á las legítimas circunstancias que la motiven

y respetar en todo caso la voluntaria cooperación de cuantos en ella se hallen interesados. Cualquiera que sea la causa ó sus circunstancias determinantes, ninguna dificultad seria puede ofrecer la proindivisión cuando de algún modo cuenta ó consigue con un régimen debido á la voluntad. De otra suerte la ley está en el caso de establecerlo, siquiera haya de ser con carácter supletorio, para respetar así el principio esencialmente voluntario en que se inspira lo dispuesto por el art. 400 del Código y en el que principalmente se apoyan los que, fijándose más bien en la comunidad de intereses de los partícipes que en el estado ó dependencia especial de las cosas constituídas en dicha clase de propiedad, han calificado de cuasicontrato á la comunidad de bienes siguiendo, como queda dicho, precedentes de la legislación romana que, como muchos otros, tuvieron eco también en la legislación patria.

Artículo 392.—A fin de evitar los inconvenientes de semejante doctrina, que podría fácilmente conducir, como ha sucedido en los mencionados Códigos americanos, á admitir como justa la asociación forzosa ó impuesta por la ley fuera de los límites en que está llamada á afectar ó modificar el estado de la persona individual, y á conferir por tanto personalidad jurídica á la comunidad fundada en la propiedad común, elevándola á la categoría de persona y aumentando de este modo el número de los sujetos de derecho meramente por la virtud de las cosas, ó de su sujeción ó dependencia, es conveniente desde luego procurar, á diferencia del art. 392 del Código, no equiparar ni aun en su designación á la propiedad común y la comunidad de bienes, mostrando así simplemente á esta última como un resultado ó derivación de aquélla.

Si la proindivisión es esencial en la propiedad común; si cada partícipe puede servirse ó utilizar por sí la cosa común en las condiciones á que se refiere el art. 394 del Código; si depende, por consiguiente, de la naturaleza ó

circunstancias especiales de la cosa ó derecho común el régimen en que descanse la comunidad que origine entre los copropietarios para aprovechar del mejor modo posible las utilidades á que todos tienen derecho y concertar esta común pertenencia de la cosa en todo cuanto, así en conjunto como en parte, ha de ser determinada, con la pertenencia singular de la porción de cada uno, es tan natural como indispensable en derecho y conveniente en la práctica, que se marque claramente la distinción que existe y debe existir entre la propiedad común en que esté constituída la cosa y la comunidad ó régimen común que, para armonizar en su ejercicio el derecho que á todo partícipe corresponde, establezcan los copropietarios, ó sea resultante de disposiciones especiales, voluntarias ó legales, según las causas y circunstancias que hayan dado lugar á la proindivisión.

Téngase además presente que no es menos necesario evitar toda confusión ó equiparación entre la referida comunidad y el condominio. Por más que el Código parezca inspirado en este equivocado concepto, en atención á las disposiciones de sus artículos 397, 399 y 404 y al sentido por el cual, tratando de la propiedad en general, la equipara al dominio (art. 348), no puede menos de observarse que al fin no ha podido prescindir de reconocer que la comunidad de bienes es posible lo mismo cuando se trata de la propiedad de una cosa que si se trata de la propiedad de un derecho, siempre que pertenezca pro indiviso á varias personas; y de consiguiente, que el concepto de copropietario no es por esto exclusivo de los condueños, como podría creerse, aparte de lo establecido en los mencionados artículos, por lo que en atención á otros, entre ellos el 348 y el 384, parece reservado el concepto de propietario únicamente para el dueño.

Ó esta reserva no es exacta, ó resultaría equivocada, cuando no contradictoria, con la admisión de la copropie-

dad por la propiedad de un derecho mediante la proindivisión. Bien se comprende que lo esencial en este punto, además de consistir en considerar la propiedad separadamente del dominio para reconocer en éste sólo uno de los derechos de aquélla, consiste igualmente en no dejar de reconocer que también existe la propiedad de los derechos, siquiera este reconocimiento no quepa pronunciarlo con la vaguedad ó generalidad que resulta de dicho art. 392 del Código y sea preciso concretarlo á los derechos reales, conforme expresa el art. 1.258 del Proyecto.

Desarrollo de este artículo, para no anticipar conceptos necesarios en las disposiciones de otros artículos del Código, ni para oponer ó negar á los partícipes en algún derecho real lo que el Código atribuye á los condueños, es el contenido del art. 1.259 del Proyecto, que atiende, no solamente á fijar el efecto inmediato de la proindivisión mediante la proporcionalidad indispensable para el buen régimen práctico de la comunidad que origina, sino también á la situación, perfectamente posible, de que en alguna porción ó parte alícuota de una cosa común estén interesadas personas distintas sin formar comunidad, á causa de ser diverso también el derecho de propiedad ó utilidad jurídica que corresponda á cada una sobre la participación mencionada.

Fácil es comprender que, ya consista la propiedad común en una finca ó un derecho dominical, ya en un usufructo ó cualquier otro derecho real, es muy posible que cualquiera de las porciones ó partes alícuotas de semejante comunidad pertenezca á varias personas, en virtud de derecho real distinto, como por ejemplo, á uno como dueño ó condómino en la cosa común, á otro como usufructuario de la misma participación y á otro por censo ó hipoteca establecido sobre esta misma porción. La referida diversidad de utilidades jurídicas, en una palabra, la diversidad de derechos de propiedad entre el condueño, el

usufructuario y el censualista ó el acreedor hipotecario, excluyen naturalmente toda propiedad común sobre la participación ó parte alícuota de que se trate, la cual, por el contrario, sería común también, originando una comunidad interior, por decirlo así, de otra comunidad, si en lugar de ser diverso fuese el mismo el derecho real de que estuviesen asistidos los mencionados interesados en alguna participación. ¿Qué hacer, pues, cuando el derecho real es distinto en cada uno? ¿Cómo hacer valer ó utilizar los derechos que conforme al régimen de la comunidad de la cosa correspondan á la participación sobre la cual varias personas tengan derecho real diferente?

El Código guarda acerca de este punto de doctrina general un absoluto silencio. No he de averiguar el motivo; me basta tener presente que no habiendo comunidad entre los interesados en una participación, no serviría ni aun el régimen legal de comunidad para determinar en cada caso los actos que para el ejercicio de los derechos inherentes á dicha participación debieran verificar sus respectivos interesados. Era, pues, preciso atender á esta situación, hoy huérfana de derecho, de manera que en todo caso fuera posible realizar la vida jurídica, y á esta necesidad responde principalmente el párrafo 2.° de dicho artículo 1.259 del Proyecto.

Como el ejercicio de los derechos ha de traducirse prácticamente por actos de aquel á quien pertenecen ó que tenga su representación legal, la especialidad del acto de que se trate y acerca del cual la comunidad de los partícipes en la cosa común se proponga decidir es bastante por sí sola para servir de base á la regla ó doctrina que aquel párrafo consigna. De este modo, según sea alguna obra extraordinaria que corresponda al dominio, ó algún acto de disfrute que comprenda el usufructo, ó alguna decisión capaz de afectar ó perjudicar al derecho del censualista ó á la garantía de la hipoteca lo que la comuni-

dad se proponga ó haya de realizar, así será también el uno ó el otro de los interesados de que acaba de hacerse mención aquel á quien corresponda intervenir, siquiera fuese accidentalmente, por la participación sobre la cual radique el derecho real en que consista su interés en la cosa común regida por la comunidad de sus copropietarios ó partícipes.

Pero si el Código guarda silencio en cuanto á establecer alguna regla de general aplicación acerca de la situación especial á que hace referencia el párrafo 2.° de dicho artículo 1.259 del Proyecto, no deja, sin embargo, de haber considerado, siquiera sea con carácter particular relativo á alguna otra institución, como por ejemplo, el usufructo, la posibilidad de que resulte la concurrencia de derechos distintos del condominio respecto á alguna parte alícuota ó participación determinada de cosa que esté constituída en propiedad común. Lo dispuesto en el art. 490 del Código con referencia al usufructo y que completa en cierto modo, en cuanto á éste, el régimen de la llamada comunidad de bienes, es en el fondo una doctrina análoga á la que consigna el mencionado artículo del Proyecto. No voy á ocuparme ahora de dicha disposición del Código, que tendrá su lugar más adelante, aunque sólo sea como aplicación ó desarrollo, relativo á la institución del usufructo, de la referida doctrina general establecida en el Proyecto. Pero sí cúmpleme por de pronto hacer observar la indicada conformidad que en principio resulta, y de consiguiente, la necesidad de formular acerca de ello una doctrina de aplicación general á cualquier otra institución originaria de derecho real, cuya concurrencia con el de dominio, en una proindivisión, precisaría buscar en la razón de analogía, siempre peligrosa y deficiente, lo que no estuviese prevenido por disposición particular.

Artículos 393 y 394.—En lo relativo á la proporcionalidad por la cual ha de hacerse efectiva la concurrencia de

los partícipes, tanto en las ventajas que produzca como en las cargas que lleve consigo la existencia de la comunidad, el Proyecto se ha limitado á reproducir por su artículo 1.260 las mismas disposiciones que comprende el artículo 393 del Código. No sucede lo mismo respecto de la doctrina del art. 394, en que se trata del uso que por sí puede hacer cada partícipe de las cosas que son comunes. Esta sola versión, aun aparte del restante contenido del artículo, puede ser ocasión de dificultades para su aplicación. Cuando el Código se refiere á las cosas comunes y no simplemente á la cosa común, á la cual hace referencia el art. 398, cualquiera podría entender que la materia objeto del art. 394 no es precisamente la doctrina del uso que haga ó pueda hacer el mismo partícipe de la cosa ó cosas comunes, sino la relativa al caso en que, consistiendo en una totalidad de cosas el objeto de la comunidad, quepa distribuirlas para su disfrute entre los copropietarios, á fin de que cada uno utilice libremente la que le sea asignada, é igualmente, sin esta asignación, siempre que al fin la diversidad de cosas haga posible el uso separadamente de las mismas por cada uno de los partícipes.

Pero como no obstante la referida versión, el citado artículo 394 señala las condiciones indispensables, ya referentes al destino de las cosas, ya á la manera de aprovecharlas sin perjuicio del interés de la comunidad ni obstáculo para que los copartícipes las utilicen según su derecho, parece natural considerar que el verdadero objetivo del artículo no está limitado al caso de que la comunidad resulte sobre un conjunto de bienes ó diversidad de cosas, sino que se propuso establecer las condiciones necesarias para que en la propiedad común pueda cada partícipe proceder con libertad.

En este sentido no puede menos de verse que el artículo, quizás por exceso de previsión, sólo ofrece prácticamente un manantial de cuestiones que inutilicen todo

interés en su aplicación. Sus referencias al destino de las cosas, sin precisar si ha de ser según su naturaleza ó según el que accidental ó permanentemente tengan, ó el usual ó el prevenido al originar la proindivisión, ó el que ya la comunidad les hubiese atribuído; las relativas al interés de la comunidad sin regla positiva para su determinación y aun las referentes al derecho de los copartícipes sin calificarlo siquiera en razón de las fuentes ó títulos que pudiesen servir para conocerlo, son circunstancias cuya notoria indeterminación exige condiciones más adecuadas á la utilidad práctica del precepto, para la cual no considero haya de ofrecer dificultades la necesidad de fijarse en las especiales condiciones naturales ó jurídicas de la cosa ó derecho común de que se trate, que habrán de ser siempre las que sirvan para su individualización, así como en la forma del uso que verifique cualquier partícipe, la cual puede revelar, como ninguna otra circunstancia, si es ó no posible el aprovechamiento ó servicio separado.

No se limita á esto el art. 1.261 del Proyecto. Con ocasión de fijar las condiciones para servirse personalmente de la cosa común aquellos á quienes pértenezca, correspondía asimismo no olvidar que los partícipes pueden tener representante legal ó mandatario y que pudieran como dueños, en su caso, conceder el uso de la cosa á alguna otra persona. Ninguna de éstas, sin embargo, es el copropietario. Ni en el mandatario ni en el representante legal arraiga el derecho de propiedad, en cuya virtud cada partícipe puede servirse de la cosa. Es, por decirlo así, insustituíble este disfrute personal que depende de una condición jurídica que no se tiene no siendo el mismo partícipe; y como no es prudente guardar sobre ello silencio, según sucede en el Código, y mucho menos cuando es sabido que ya la ley de Caza (10 Enero 1879, art. 12) dictó disposiciones especiales, en previsión de las indica-

das circunstancias, exigiendo para conceder á tercero permiso para cazar en propiedad común que se tenga el consentimiento de los condueños que reunan al menos dos terceras partes de la propiedad, he considerado que sin perjuicio de que se mantengan ó no dichas disposiciones especiales en lo relativo á la caza, se estaba en el caso de dictarlas igualmente para cualquier aprovechamiento, creyendo no obstante que en este punto correspondía respetar la voluntad de todo copropietario para que el disfrute personal no se extienda sin su consentimiento á personas que no lo sean.

Menester es, sin embargo, no confundir el disfrute ó uso de la cosa común en virtud de propio derecho ó interés de uno solo de los copropietarios, con el que en interés de todos ó de la generalidad de los mismos se realice por éstos ó también por un tercero. En estos casos la voluntad particular de los partícipes ha de ser sustituída por el régimen de la comunidad, como que precisamente corresponden dichos casos á aquellas circunstancias en que por no ser posible utilizar la cosa común sin perjuicio del interés general ú oposición al derecho de alguno de los copropietarios, se hace indispensable administrarla mediante la acción y el interés de todos. Por esto entiendo, á diferencia de lo prevenido por el Código en el art. 398, que el régimen de la mayoría ó el judicial, según los casos, no ha de ser para situaciones en cierto modo arbitrarias ó de pura conveniencia, como las referentes al mejor disfrute de la cosa, sobre lo cual las dificultades para precisarlo, ú obligarían á autorizar la imposición de la mayoría, ó serían pretexto para frecuentes ó sucesivos litigios; sino que, por el contrario, dicho régimen ha de quedar reservado para las situaciones de verdadera necesidad, como aquellas en que por no ser posible el disfrute personal, conforme á lo establecido en el art. 1.260 del Proyecto, se hace indispensable proceder en la forma correspondiente

al derecho é interés de todos mediante la comunidad que constituyen.

De otro modo, y según los términos del art. 398 del Código, se corre el riesgo de que, independientemente de las circunstancias, la administración de la cosa común sea motivo bastante para que la mayoría de los partícipes pueda imponer su voluntad en el régimen de la misma; pues desde luego se comprende que lo esencial en estos casos, y sobre todo si ha de llegarse á provocar la intervención de la autoridad judicial, es fijar con claridad y ajustándose á su vez á lo que reclaman la justicia y la equidad, qué casos ó circunstancias ó qué clase de condiciones son necesarias para que el acuerdo de la mayoría sea indispensable en lo que haya de hacerse, ya se refiera á la administración de la cosa ó á su uso y disfrute, ya tenga por objeto realizar ó hacer efectivo cualquiera de los demás derechos que la propiedad lleva consigo.

Por esto y como complemento en cierto modo de lo establecido en dicho art. 1.261 del Proyecto, señalan los siguientes, 1.262 y 1.263, las respectivas circunstancias que pueden motivar la competencia de la referida mayoría, formulando ante todo por el primero de estos dos artículos la doctrina general en que se funda la necesidad de su régimen para poder atender á cualquier caso no previsto especialmente, y precisando por el segundo aquellos más usuales en armonía con los derechos correspondientes á la propiedad en general y los que asisten á su vez á cada partícipe para disponer libremente de la porción ó parte alícuota que al mismo pertenece.

Si bien acerca de este último particular contiene ya el Código las disposiciones de su art. 399, es lo cierto que nada ó casi nada comprende respecto de los demás, como no sea estimándolos incluídos en el expresado concepto de administración á que hace referencia el mencionado artículo 398 de dicho cuerpo legal. Semejante versión, cuyo

alcance no sólo no está calificado por el Código, sino que además resulta empleado con criterios diferentes, es expuesta á inutilizar la virtualidad práctica del régimen de comunidad, sobre todo cuando no se trate del disfrute, ni de la administración ni de las obras ó reparaciones ordinarias á que un administrador puede atender, á semejanza del usufructuario, en armonía con lo que respecto á esto previene el art. 500 del Código. Tanto para la transformación como para la defensa ó el deslinde de la cosa común y aun para su transmisión, es menester que los copropietarios procedan, por decirlo así, en comunidad, y de consiguiente, conforme al régimen establecido para promover el interés general ó de todos los que la componen; y sin embargo, á poco que se medite se observará que, por más que se conceda cierta latitud, siempre peligrosa, á los indicados conceptos de administración y mejor disfrute que comprende en su párrafo primero el citado art. 398 del Código, para la mayor parte de los casos referentes á los expresados derechos de transformación, defensa, deslinde y transmisión, el Código no ofrece otra solución que la de promover la división de la cosa cuando sea divisible (art. 400) ó la de adjudicarla ó venderla (artículo 404) cuando su indivisibilidad fuese absoluta ó resultase esencial.

El desacuerdo de los partícipes, y bien podría añadirse su falta de unanimidad, habrá, pues, de originar, según el Código, en cualquiera de los casos que se acaban de indicar, el término de la comunidad por la división, la adjudicación ó la venta de la cosa. Enhorabuena que esto suceda cuando alguno de los copropietarios no quiera permanecer en la comunidad. Al fin la conclusión de ésta no siempre ha de conducir necesariamente á practicar la división de la cosa; y es natural por lo mismo que, de igual manera que la ley atienda á aquellas circunstancias en que las condiciones de la cosa ó los compromisos de los

partícipes no permiten la división, se procure atender también á aquellos en que, no obstante el desacuerdo de los partícipes, ninguno de éstos tenga interés en terminar la comunidad ó separarse de la misma.

Quizás se crea que en este sentido el núm. 4.º del artículo 1.263 del proyecto, alcanzando también, según sus términos, al derecho de trasmisión, pudiera convertirse en grave obstáculo, si no en peligro, contra el derecho explícito que en todo tiempo debe tener el copropietario (dicho artículo 400 del Codigo), á no permanecer en comunidad. Pero si se considera que también el art. 1.270 del Proyecto sustenta con igual firmeza que el Código este derecho, susceptible de ser utilizado en *cualquier tiempo* y que, por consiguiente, deja á disposición de todo copropietario la existencia que con respecto á él tenga la Comunidad, para cuyo régimen, mientras subsista, se halla establecido el referido art. 1.263, se comprenderá que solamente cuando quiera ó tenga interés en continuar la proindivisión podrá ser aplicable al partícipe lo dispuesto en dicho artículo acerca de la transmisión de la cosa común, ya que con proyectos ó acuerdos, ó sin ellos, respecto á su transferencia por parte de la comunidad, ó sea mientras ésta pueda funcionar para todos los partícipes, cabrá que cualquiera de éstos provoque, si le conviene, el término de aquélla ó su cesación relativamente al mismo, en cuyo caso nada que no estuviese consumado por la comunidad podría llevarse á cabo en interés de la misma, como no fuera lo que precisamente para su conclusión absoluta ó relativa correspondiese en virtud de esta reclamación de algún copropietario y de la divisibilidad ó indivisibilidad de la cosa.

Separadas tan marcadamente dichas dos situaciones gracias al carácter esencialmente voluntario de la existencia ó continuación de la proindivisión y en cuya virtud el régimen especial de la comunidad sólo puede tener

aplicación mientras ésta no deba legalmente terminar por cualquiera circunstancia, fácilmente se comprende cuán conveniente y aun indispensable es que la ley ofrezca soluciones adecuadas á todas las circunstancias en que la comunidad puede encontrarse, señaladamente teniendo que concertar en esta forma ó clase de propiedad, además de la vida jurídica de la proindivisión, el régimen libre de toda parte alicuota ó participación indeterminada, y, sobre todo, la referida facultad de conseguir cada partícipe por la división, siendo posible, la singularización de la propiedad correspondiente á su derecho.

Artículo 395.—Complemento de dicha necesidad, y disposición por lo mismo inspirada en igual criterio, es el artículo 395 del Código, que, con escasísima variación, mantiene en su párrafo primero el art. 1.264 del Proyecto. La conservación de la cosa ó derecho común, el mantenimiento de la base en que esencialmente descansa la común propiedad, no podría menos de ser considerado como un derecho de todo partícipe sin restricciones derivadas del interés de comunidad, toda vez que precisamente la principal y más permanente expresión de semejante interés ha de radicar en aquella conservación que, como su nombre manifiesta, ni cabe confundir con las mejoras ni con cualquier otra transformación útil ó conveniente. En este punto la ley no debía olvidar que, dada la perentoriedad que en muchos casos tiene lo que corresponde á la conservación, el interés de los menos podría ser perjudicado por la negligencia de los más, si el derecho á mantener la cosa ó derecho real en que la copropiedad consista no se afirmaba como atributo peculiar á cualquier copropietario con entera independencia de sus estipulaciones ó de las que pudieran suponerse derivadas de la voluntad presunta de los partícipes, por los que, según se ha referido, han creído descubrir el cuasicontrato en la comunidad de bienes. La propiedad, en una palabra, la sujeción, la

dependencia de las cosas, lleva consigo sus exigencias jurídicas en quien ó quienes las tienen bajo su dependencia ó pertenencia. Nada más significado á este propósito que la conservación de las mismas, ya se trate de la materialidad de la cosa ya del derecho real, ó su uttlidad jurídica, que puede de igual modo ser objeto de proindivisión ó propiedad común. No he de detenerme, pues, en señalar cuál sea la extensión de dicho concepto; la palabra conservación lo expresa claramente, revelando el carácter necesario de los gastos de cuanto en ella se comprende y cuyo abono obligatorio es garantía eficaz de la necesidad á que corresponde el mencionado derecho.

Concierta, sin embargo, el interés de todo partícipe con esta necesidad general, á la vez que responde doblemente al carácter necesario y útil que deben reunir los gastos de que se trata, la salvedad que consigna la última parte del artículo para que pueda eximirse de semejante obligación el copropietario que renuncie á la parte en que consista su pertenencia. He aquí la variante respecto al Código que he considerado indispensable hacer en el Proyecto. Termina aquél valiéndose de la frase "en la parte que le pertenece en el dominio", y desde luego se observa que esta última expresión podría dar lugar á que con fundamento se creyera que el artículo sólo puede tener aplicación cuando se trate de condominio ó de la comunidad entre los dueños.

Cabe suponer que el Código no se haya propuesto concretar á esta comunidad la aplicación de dicho artículo, por el hecho mismo de referirse á la conservación de la cosa ó derecho común. Ajustándose en esta parte á lo establecido ya por el art. 392, que reconoce al derecho á distinción de la cosa como base ú objeto de la comunidad de bienes, y aun cuando, según ya queda indicado, dicha referencia al derecho debe entenderse limitada á los reales, siempre resulta que la copropiedad puede exis-

tir tratándose de derechos distintos del de dominio, y que del mismo modo que la conservación de éste es materia á que se refiere el mencionado artículo, ha de serlo igualmente la conservación de cualquier otro derecho real que por pertenencia proindivisa motive la comunidad de bienes, conforme al Código, ó la propiedad común, según el Proyecto.

En esta inteligencia, la facultad para renunciar, de que se ocupa la última parte del artículo, no quedará reservada únicamente á los dueños. Será extensiva á todo partícipe en el objeto de la comunidad, y corresponde por lo mismo modificar el indicado precepto; pues no hay que olvidar tampoco que siendo como son posibles, por la respectiva independencia jurídica de sus utilidades, diferentes comunidades sobre una misma cosa, cuando cada una de ellas tiene por objeto un derecho real distinto, envolvería una confusión inexplicable, además de una marcada injusticia, que en la comunidad de los usufructuarios, por ejemplo, no se pudiese hacer aquella renuncia y sí en la comunión de los dueños, ó que sólo pudiera hacerse efectiva en la comunidad de los primeros, cuando el que renunciase fuese alguno de los segundos. La conjunción en el derecho ha de ser necesariamente la base de la doctrina del artículo, y en este sentido alcanza todavía éste más señalada importancia, porque envolviendo como envuelve una especie de derecho común, parece como que protesta contra toda idea de abandono posible en las porciones ó partes alícuotas de las cosas apropiadas en proindivisión, teniendo sin duda presente que el abandono y sus efectos jurídicos sólo cabe en las cosas, mas no en los derechos, cuya relación con aquéllas, cuando se trata de los de propiedad ó establecidos sobre las mismas, determina siempre, ó un vínculo de comunidad entre los copartícipes, ó una devolución ó reversión dominical por la indeterminación de las utilidades á que se extiende el

dominio y por la especie de ocupación permanente que jurídicamente resulta mientras no se trate del abandono de la cosa, ya por parte de los demás copartícipes, ya, en último término, por el dueño.

Claro es que lo dicho no se refiere al caso en que la renuncia se haga en favor de alguien, ya sea éste otro partícipe, ya fuera persona extraña á la comunidad de que se trate. En cualquiera de estos casos, más bien que renuncia resultaría cesión; y como precisamente es motivada por la conjunción en la propiedad, y como efecto especial de ésta, la obligación á que hace referencia el precepto que nos ocupa, sobre el mismo cesionario convertido en copropietario recaería igualmente semejante obligación, sin que se advirtiera renuncia de derecho y sí, por el contrario, traspaso ó transferencia del mismo, que no es, como expresan los términos del precepto, el objeto de su disposición final. La renuncia, de consiguiente, es la abdicación de todo derecho en la propiedad común y he aquí, según indicaba, la razón del derecho de acrecer que implícitamente lleva consigo la doctrina de la última parte del citado art. 395 del Código (1.264 del Proyecto).

Para evitar dudas acerca de este punto habría sido conveniente, por no decir necesario, que dicho art. 395 se hubiese completado estableciendo los efectos ó consecuencias á que ha de dar lugar la expresada renuncia.

Envolviendo como ésta envuelve una verdadera transmisión, hay que señalar desde luego en quién deba recaer, sobre todo cuando la renuncia no se formalice, designando la persona en cuyo favor se haga.

Mientras esta designación tenga lugar, ni han de ser de significación las dificultades que se presenten, ni pueden dejar de ofrecer solución legal inmediata, sólo en consideración á la eficacia ó ineficacia de semejante renuncia, tanto respecto á sus condiciones como relativamente á la aceptación del favorecido por la misma.

Ya recaiga en favor de alguno de los partícipes, ya ceda en beneficio de alguien extraño á la comunidad, siempre resultará una verdadera enajenación de carácter esencialmente singular que sólo implicaría para la comunidad la sustitución de un partícipe por otro.

Pero como ni el Código exige ni podía exigir, para el objeto que se propone, que la renuncia se verifique á favor de persona determinada, pues califica de tal á la que en realidad constituye una especie de abandono del derecho de aquel que no quiere contribuir á los gastos de conservación de la cosa ó derecho común, surge desde luego la necesidad de prevenir los efectos que haya de producir semejante renuncia en forma indeterminada ó encaminada á que recaiga sobre los demás partícipes la obligación del que abdica de su derecho.

¿Qué ha de ocurrir en este caso? ¿Se verificará la transmisión consiguiente á la comunidad, confiriendo por una especie de derecho de acrecer la participación de aquél á todos los demás comuneros? ¿Podrá recoger dicha participación uno cualquiera de éstos si se hace efectiva por su parte la obligación de aquél? ¿Se determinará esta facultad á prevención entre todos, ó se acudirá al derecho de acrecer anteriormente indicado, y en tal caso se determinará el acrecentamiento por partes iguales entre los partícipes ó proporcionales á sus cuotas?

He aquí varias de las cuestiones á que puede dar lugar el silencio del art. 395 del Código, limitado á consignar el principio en razón del cual cabe eximirse de la obligación que estatuye, pero dejando de señalar las consecuencias que está llamado á producir y que en la mayor parte de los casos vendrían á inutilizar la eficacia de semejante precepto, si por no concordar los efectos que deba producir se hiciera poco menos que imposible obtener el resultado de dicha obligación.

No basta, pues, consignar aquel principio. Es menester

deducir sus consecuencias. De no hacerlo el legislador la jurisprudencia se vería precisada á llenar este vacío; pero de todos modos es menester no olvidar que, ante todo, debe caracterizarse la naturaleza de la renuncia á que se refiere el artículo, fijando su valor jurídico, ya sea en consideración al abandono, ó en razón de una transmisión voluntaria y realizada, por tanto, á favor de persona determinada, ó en atención, en otro caso, á un acrecentamiento necesario de las porciones correspondientes á los demás partícipes en la comunidad.

Expuestas quedan las indicaciones que impiden acoger en este caso el abandono como principio para fijar las consecuencias de la renuncia de que se trata, así como las que motivan pronunciarse por una especie de derecho de acrecer siempre que la renuncia, por no revestir en realidad sus verdaderos caracteres, se traduzca simplemente en una abdicación del derecho del que intente eximirse de la obligación á que se refiere el precepto.

Este es, á mi juicio, el asunto delicado, y por esto he considerado indispensable añadir á la disposición análoga á la del art. 395 del Código (dicho art. 1.264 del Proyecto) el párrafo 2.°, destinado á regular la referida renuncia cuando por realizarse en forma indeterminada reviste, según decía, los caracteres de una abdicación de derecho.

Precisada de esta suerte la materia, nada más fácil, á primera vista, que estatuir el derecho de acrecer entre los demás partícipes.

Así como no había de ofrecer dificultades la renuncia á favor de persona determinada, ya se tratara de uno ó varios partícipes ó de un extraño á la comunidad, que al fin vendrían á sustituir en su parte al que la hubiera renunciado, sin perjuicio, naturalmente, de llegar á este resultado según fuese ó no eficaz la renuncia verificada, tampoco había de ofrecer dificultades admitir el principio de

la proporcionalidad para distribuir entre los comuneros la participación objeto de la renuncia.

Pero como este acrecentamiento derivado de la ley no está en rigor fundado en la misma necesidad que motiva el derecho de acrecer en las sucesiones, ni parte tampoco de un estado de la cosa ó derecho objeto de la renuncia que no haya sido creado precisamente por el mismo renunciante, era forzoso evitar los perjuicios que naturalmente podrían originarse del efecto necesario del precepto de la ley, ya contra los mismos partícipes á quienes al parecer se intentase beneficiar, ya contra los acreedores del renunciante que vieran en la abdicación de éste un medio de privarles de lo que pudiera servir para la realización de su derecho.

Aunque la ley esté en el caso de ofrecer solución para el objeto que se propone el art. 395, á fin de que sin terminar la comunidad pueda substraerse de ella el que estime gravosa la conservación de la cosa común, debía no obstante, según antes indicaba, salvar en todo caso los perjuicios posibles por la renuncia ó abdicación que permitía.

No intento discutir si habría sido preferible prescindir de dicho art. 395, teniendo como tiene todo comunero, así por el art. 400 del Código como por el 404, aun tratándose de una cosa indivisible, la facultad de poner término á la comunidad, siquiera relativamente al mismo, siempre que la considere gravosa para su derecho.

Pero admitida la doctrina á que dicho art. 395 hace referencia, es indispensable el régimen indicado y la salvedad relativa á las consecuencias perjudiciales que pudieran derivar del acrecentamiento establecido por la ley.

Respecto á los partícipes, la única dificultad que se presentaba era referente á la manera de formalizar el carácter voluntario de semejante derecho de acrecer.

Considerando expuesta la aceptación expresa, que podría crear obstáculos al régimen de la comunidad, tanto

en atención al momento en que se hiciera como á la circunstancia de que fuese ó no conocida la renuncia por todos los comuneros, como al número de los que se decidieran á admitirla, he creído preferible optar por la aceptación tácita derivada del hecho de no pretender el término de la comunidad, á la que habían de recaer las ventajas y gravámenes de la participación objeto de la renuncia.

De esta suerte, la necesidad de pretender la terminación de la comunidad implica asimismo la necesidad también de realizar un acto que excluya desde luego toda dificultad derivada de la ignorancia de la renuncia, y que precisa á su vez quiénes son los que admiten sus consecuencias.

Mas en cuanto á los acreedores, aparte de que siempre están asistidos de la facultad de reclamar contra el fraude, si existiera confabulación entre los partícipes para verificar la renuncia de que se trata con menoscabo de su derecho; como podría suceder que la renuncia les fuese perjudicial sin propósito del que la haga y sin cooperacion de los partícipes á quienes pudiera aprovechar, he considerado que después de haber establecido el Código civil, según lo dispuesto en el art. 1.001, la facultad de los acreedores para evitar las consecuencias que en su daño pudiera producir la repudiación de la herencia de su deudor, ni había de parecer aventurado, ni mucho menos resultar inconveniente establecer una disposición análoga facultándoles para adquirir, á manera de retracto, la porción objeto de la renuncia, siempre que lo verifiquen en las condiciones que, sobre la base de la inscripción de ésta en el Registro de la propiedad y de la publicidad que de la misma deriva, establece el párrafo segundo del mencionado art. 1.264 del Proyecto.

Artículo 396.—Poca ó casi insignificante, á primera vista, es la diferencia que se observa entre el art. 1.265 del

Proyecto y el 396 del Código. Como la importancia de éste es verdaderamente transcendental, por caracterizar en puridad una forma de propiedad ó de comunidad especial, y es, además, significativa también por el distinto criterio jurídico con que ha estimado su materia, no obstante el seguido por casi todos los Códigos extranjeros, el Proyecto ha procurado sustentar de igual manera dicha disposición, aunque evitando en ella las consecuencias de la confusión entre la propiedad y el dominio indicadas ya con ocasión de otros artículos, para sustituir en la tercera de las reglas que contiene sus referencias al dueño ó dueños de alguno de los pisos de una casa, por la relativa á los propietarios de los mismos, teniendo presente que este concepto más general alcanza á cuantos tienen derecho real sobre la cosa ó finca á que se refiera la disposición legal.

Hecha esta salvedad, nada tendría que exponer relativamente á dicho artículo si no fuera tanta su significación y transcendencia, conforme queda indicado. Muéstrase por él una forma especial de proindivisión que requiere, por consiguiente, disposiciones especiales también. Se trata de la proindivisión que en una misma cosa (la casa ó finca urbana á que se refiere el precepto) recae únicamente en alguna de sus partes, cierta ó concretamente determinada. A diferencia del caso en que perteneciendo á una sola persona todos los pisos de una casa se caracteriza su propiedad é igualmente su dominio por la llamada singular ó particular, y á diferencia también de aquel que califica la propiedad común por pertenecer la casa á varias personas, dueña cada una de porción indivisa, pero no de parte alguna determinada, el caso del precepto que nos ocupa ofrece una especie de mezcla entre la propiedad singular y la común, mostrando dentro de la unidad de cosa la singularización de la propiedad en algunas de sus partes, y la comunidad en las restantes, á saber: la propiedad se-

parada ó individua de los pisos y la comunión respecto á ciertas paredes, el tejado, patios, escalera y otras dependencias ó componentes materiales de la casa.

De manera análoga á lo que ocurre con la relativa independencia de las utilidades jurídicas constitutivas de diferente derecho real, que aun cuando pertenezcan á propietarios distintos no constituyen propiedad común ni dan origen, por tanto, á comunidad alguna; también la separación de las partes componentes, ó por mejor decir, la determinación separada de cada una para los efectos del derecho de propiedad, no obstante la indivisión ó integridad de la totalidad de la cosa que componen, permite situaciones en las que, á pesar del carácter singular de la propiedad de algunas de sus partes, surja ó exista proindivisión y su consiguiente comunidad en las demás. He aquí lo que sucede cuando los diferentes pisos de una casa pertenecen á distintos propietarios, quienes si bien relativamente á su piso respectivo son verdaderos propietarios singulares, no pueden, sin embargo, prescindir, en atención á la unidad de la finca, de la proindivisión de su derecho de propiedad respecto de los demás componentes ó dependencias de la misma. La propiedad singular en tales circunstancias surge sobre la base de la unidad de cosa con la variedad de personas; en una palabra, se asienta forzosamente en una comunidad indispensable que, aunque restringida en su objeto, ó sea á algunas partes determinadas ó ciertas que son de uso común, más ó menos general, entre los mismos partícipes, no deja por esto de ser una verdadera propiedad en proindivisión, siquiera ofrezca acerca de ésta la forma especial que constituye el asunto del precepto que nos ocupa.

Sin duda, á causa de estas especiales circunstancias, la mayor parte de los Códigos extranjeros, y por mejor decir todos ellos, pues aun el portugués, que trata de esta materia al hacerlo del *derecho de transformación,* incluye

la disposición análoga á dicho artículo en la sección refe- rente á los *muros y medianerías,* consideran como servi- dumbre y no como propiedad común á esta forma de propiedad. Frente á todos, sin embargo, nuestro Código civil ha mantenido una doctrina tan correcta de la legis- lación patria como la que de antiguo consignaron nues- tras leyes de Partida (ley 13, tít. XXXI de la Partida 3.ª) estableciendo que *los omes hanse de seruir de sus cosas non como en manera de seruidumbre, mas vsando dellas como de lo suyo.* Como los referidos propietarios, aunque lo sean en forma singular de alguna de las partes de la casa, tienen, no obstante, propiedad en común ó proindi- visión relativamente á las demás, en atención á la unidad de finca ó cosa sobre la cual su propiedad radica, su dis- frute, y en general su utilidad en las partes comunes, les corresponde como dueños ó como propietarios de la finca ó cosa de que son parte integrante los componentes co- munes.

No se trata de cosa que forme parte de fincas distintas pertenecientes á diverso dueño. Se trata, por el contrario, de cosa ó cosas que forman parte de una misma finca de propiedad de varios. Esta sola consideración excluye la servidumbre real. La materia relativa á la unidad no puede ser confundida con la referente á la pluralidad de fincas ó cosas apropiadas; y por lo mismo considero que, aun cuando sea de lamentar la unanimidad con que en cierto modo se han pronunciado las legislaciones extran- jeras para descubrir ó estimar servidumbre en la referida materia que todas han creído necesario regular, ha pro cedido como correspondía nuestro Código civil, no deján- dose arrastrar por semejante error jurídico, siquiera fuese tan impetuosa la corriente que lo sustenta, é iniciando, por el contrario, la expresada doctrina de la especialidad en la propiedad común.

Pero si los Códigos extranjeros, incluso el italiano,

único que se ocupa especial y separadamente de la comunidad de bienes (artículos 637 á 684), comprenden la disposición que nos ocupa al tratar de las servidumbres en la de medianería y con la salvedad antes indicada respecto al Código portugués, obsérvase, no obstante, que hay entre ellos un criterio diferente acerca del desarrollo, sobre el cual presenta también cierta particularidad, á mi juicio con fundamento, nuestro Código civil.

No hay que decir que el régimen de dicha forma de propiedad común ó de servidumbre, según los demás Códigos, se refiere á las obras ó gastos en los componentes comunes, en una palabra, en las cosas que constituyen objeto de proindivisión ó comunidad en la finca. Nada, por lo mismo, estaba en el caso de establecer dicho régimen acerca de los gastos más ó menos considerables que cada propietario quiera hacer en el piso que le pertenezca. En esto la singularidad de la pertenencia le asegura su libertad de acción y su utilidad exclusiva.

Mas relativamente á las obras y gastos de utilidad común, aunque el régimen fuera indispensable, su desarrollo por los Códigos es en extremo diferente. Así como los europeos, por regla general, no establecen distinción entre las cosas comunes, los hispano-americanos las distinguen, según admitan ó no el uso personal ó directo de los mismos propietarios, y de consiguiente, según sirvan ó no á éstos en razón únicamente de su condición de tales propietarios ó de la existencia de la finca que les pertenece. En este último caso, la utilidad ó el uso que éstos obtienen de las cosas comunes es esencialmente real ó de carácter indirecto, como proveniente, más bien que de sus actos propios ó de los de sus representantes, concesionarios ó cesionarios, del servicio que aquéllas prestan para determinar ó mantener la integridad de la finca que contribuyen á formar. En este punto puede decirse que existe cierta analogía entre el uso de las distintas cosas comunes

y el de las servidumbres, según sean éstas continuas ó discontinuas, ya que, así como en estas últimas el uso depende de actos del hombre, manifestándose, por tanto, en forma personal ó directa que hace posible su discontinuidad ó intermitencia, en aquéllas el uso puede ser incesante ó continuo, sin necesidad de hecho alguno de la personal ó con manifestación esencialmente real ó peculiar de la posición ú otras circunstancias especiales de las cosas.

A falta de semejante distinción, los Códigos europeos se pronuncian por regla general, salvo alguna diferencia que respecto á la escalera sostienen, comparados con los demás, el belga, el francés y el portugués, en favor del principio de la proporcionalidad, con arreglo al valor de cada piso ó riqueza presunta de cada propietario en la utilidad común ó conjunta de la finca que á todos pertenece. En cambio, los Códigos hispano americanos, y á su semejanza el nuestro, guiados por la referida distinción, si bien acogen la indicada doctrina del francés y demás Códigos europeos en cuanto á las cosas que como las paredes maestras y medianeras, el tejado y lo demás de uso común, sirven principal, si no exclusivamente, á determinar ó mantener la integridad de la finca y prestan, por tanto, utilidad necesariamente por medio de la misma sin acto alguno dependiente de persona determinada, se pronuncian, por el contrario, en favor del principio de igualdad ó prorrateo entre los propietarios, con la salvedad, no obstante, de quiénes sean los que deben contribuir cuando se trate de la escalera, considerando, sin duda, dicha proporción de igualdad más ajustada á la que también permite el uso personal ó directo en la utilidad respectiva de las obras á que la misma se refiere. Aconsejada por esta causa dicha excepción á la doctrina general de los Códigos europeos, que al parecer mantiene, como los americanos, el régimen del mencionado art. 396 del Código, he creído, sin embargo, que correspondía marcar más expre-

samente la indicada proporción de igualdad, para evitar sobre este extremo dificultades ó cuestiones, con la expresión á prorrata empleada por el Código, ya que al fin una razón de proporcionalidad es también aquella á que hace referencia la regla primera del mismo artículo.

Procurando de este modo claridad á la disposición, así como exactitud al referirla también á los copropietarios, en lugar de hacerlo únicamente á los dueños, según aparece en la regla tercera de dicho artículo, se consigue que no sólo éstos, sino además los usufructuarios, los usuarios y los que tengan derecho real de habitación en los respectivos casos y circunstancias prevenidos por los artículos 500, 501 y 527 del Código, contribuyan en la forma y proporción que corresponda con arreglo al régimen especial que es objeto del precepto de que me ocupo (análogo al 1.265 del proyecto), según se trate de obras ó reparaciones ordinarias ó de las extraordinarias, ó de los gastos ó tributos que alcancen á propietarios distintos de los dueños. La naturaleza de las obras, la parte de la finca á que correspondan y el servicio ó utilidad que presten particular, general á varios, ó común á todos los propietarios, serán las circunstancias que en cada caso deberán tenerse presentes para aplicar, según ellas, las disposiciones referidas inspiradas, conforme queda expresado, en la doctrina de la propiedad común en harmonía con el uso ó aprovechamiento dependiente de algún acto personal ó inherente tan sólo á la construcción ó conservación de la cosa apropiada; y todo esto no olvidando la intervención ó cooperación que corresponda con arreglo á lo expuesto al tratar del artículo 1.259 del Proyecto ó á lo prevenido, por ejemplo, en los artículos 490 y 528 del Código á los interesados en cualquier derecho real que afecte á alguna participación de cosa constituída en propiedad común.

Artículo 397.—Defensivo principalmente de la integridad de esta clase de propiedad es el precepto que contiene

el art. 397 del Código, equivalente al 1.266 del Proyecto. Su distinción es escasísima, según se observa á simple vista. Reducése solamente á no limitar como en el Código su virtualidad al condominio; pues si bien esta materia es quizás aquella más conveniente á los derechos de los condueños, aun en concurrencia con otros copropietarios que lo sean en virtud de derecho real distinto, toda vez que aquéllos son quienes necesariamente han de intervenir ó realizar toda transformación de la cosa en que consista su propiedad, no por esto puede decirse que les incumba exclusivamente al punto de convertirlos en árbitros de la suerte de las cosas, pues esto equivaldría á hacer depender de ellos las utilidades jurídicas especiales ó determinadas por los derechos reales de los demás propietarios.

Ya se trate de la propiedad común, ya de la singular, si está limitada por algún derecho real, cualquiera de estas formas en que aparece la concurrencia de diferentes propietarios mantiene viva en interés de todos y cada uno la que tenga la cosa en que radica su derecho, el cual alcanza con tal motivo á conservarla, según su estado, para sostenerla en la integridad que ostenta la coexistencia de sus derechos respectivos. Así, pues, limitar á los condueños lo preceptuado por la disposición que nos ocupa, podría fácilmente ser causa de que, aun cuando se rechazase todo supuesto encaminado á considerar que semejante prohibición legal no alcanzara á los demás propietarios, cupiera mostrar con visos de fundamento la idea de que el consentimiento de los demás interesados, ó por mejor decir, partícipes en el dominio, fuese condición bastante para que cualquiera de éstos pudiese hacer en la cosa común las alteraciones que tuviese por conveniente.

No ha sido, de seguro, este el propósito del legislador. Al procurar defender, mediante disposición prohibitiva, la integridad de la cosa común, no se ha propuesto ciertamente amparar sólo al dueño frente á sus copartícipes

en el dominio, sino amparar á todo propietario frente á cualquier otro que por igual ó distinto derecho lo sea en alguna cosa común.

Cuando el mismo Código reconoce, por ejemplo, al tratar del usufructo, la facultad del usufructuario (artículos 487 y 488) de hacer mejoras útiles ó de recreo y defiende, además, la integridad de su derecho mediante también disposición prohibitiva (art. 489) respecto al propietario (refiriéndose á éste como dueño), para todo lo que sea alterar la forma ó sustancia de los bienes ó hacer en ellos algo que perjudique al usufructuario, es indudable que la referida prohibición, comprendida en el título que se ocupa de la comunidad de bienes (art. 397), es de carácter general á todos los que por algún derecho real estén interesados en la cosa constituída en proindivisión, y que, por consiguiente, corresponde rectificar en este sentido, haciendo á los propietarios la referencia que contiene acerca de los condueños el mencionado art. 397 del Código.

Artículo 398.—De la mayor trascendencia, por no decir la principal quizás en el regimen común, es el artículo que así en el Código (398) como en el Proyecto (1.267) está destinado á señalar las condiciones por las cuales ha de determinarse la voluntad de la comunidad cuando incumbe á la mayoría de aquellos que la componen, y la eficacia y rectificación en su caso de los acuerdos que se adopten. Mas aunque esta sea la doctrina general del referido precepto, es notoria la diferencia que aparece en su desarrollo comparado con el Proyecto. Ante todo, como ya tuve necesidad de observar con ocasión de los artículos 1.262 y 1.263 del mismo, dicha distinción era precisa en lo referente á lo que cabría llamar competencia de la comunidad ó de la mayoría de los partícipes. Por querer incluirla el Código en el precepto destinado á regular las condiciones de semejante mayoría, traza dicha competencia no

sólo con vaguedad, sino también en razón de un principio de mera conveniencia.

Refiérese al efecto, á la administración y mejor disfrute de la cosa común. Pero ¿cuál será el alcance de la llamada administración? ¿Qué nota marcará el círculo de acción en que ha de ser indispensable la concurrencia de la mayoría de los comuneros? ¿Qué habrá de entenderse por mejor disfrute, y qué clase de cuestiones previas, ó relativas simplemente á la pertinencia del acuerdo, no pueden originarse, tanto en atención á las referidas expresiones del artículo, como por la conjunción en que aparecen empleadas? A fin de obviar tales inconvenientes, que podrían llegar á ser pretexto para paralizar la vida jurídica de la comunidad, el Proyecto que acompaño ha procurado estatuir con precisión, y además separadamente, la indicada competencia de la comunidad ó mayoría.

No he de volver ahora sobre lo antes expuesto acerca de las causas ó circunstancias que la motivan. En este punto, el primer párrafo del art. 1.267 se refiere concretamente á los mencionados artículos 1.262 y 1.263 del mismo Proyecto, y por supuesto prescindiendo de toda referencia de carácter arbitrario, como por ejemplo, la del mejor disfrute, puesto que, ó no significa nada en atención á que naturalmente la mayoría se pronunciará por lo que estime mejor, ó es abrir un portillo para que quepa suscitar, sólo por semejante circunstancia, cuestiones que, en su caso, hubieran de ser decididas en forma judicial. El contenido de los preceptos ó disposiciones legales no ha de caracterizarse por recomendación del legislador; en ellos ha de verse constantemente la expresión de algún derecho. El Proyecto, por lo mismo, prescindiendo de referencias al llamado mejor disfrute, extiende, no obstante, la virtualidad del precepto á cuanto haga relación al regimen de la cosa, toda vez que, según dichos

artículos, la voluntad de la mayoría es necesaria para algo bastante más amplio que para la administración.

También en cuanto al enunciado relativo á la composición de la mayoría no he podido menos de establecer alguna diferencia en el Proyecto. El fondo, sin embargo, es el mismo: la representación de la mayor suma de intereses ó de la parte más considerable de la riqueza ó valor de la cosa ú objeto de la propiedad común. Pero lo importante acerca de este particular es que el precepto legal no se preste, por la indeterminación de sus conceptos, á servir de base para cuestiones ó conflictos con visos de fundamento. Al efecto el Proyecto, en lugar de calificar semejante representación por la cantidad de los intereses, según se expresa en el Código, la caracteriza por cualquier suma de las partes superior á la mitad de aquellas en que resulte dividida la cosa ó derecho real objeto de la comunidad.

Ciertamente que aun así podrían haberse ofrecido algunos inconvenientes, por la posibilidad de que fueran desiguales las porciones ó partes alícuotas de la cosa en proindivisión. Pero precisamente también, ante tal eventualidad, se dispone que la determinación de dicha suma ó mitad de las referidas partes ha de ser según resulten una vez reducidas á un denominador común, y por consiguiente después de establecer por esta operación aritmética proporción de igualdad entre todas.

Referirse como el Código á los intereses, es exponerse á confusión. Sus diversas acepciones, según sean considerados en capital ó riqueza permanente, ó en productos ó rentas ó utilidades transitorias; la necesidad en unos y otros casos de acudir á la estimación, y los gastos y trámites que requiere generalmente la fijación del valor, aun sin tener en cuenta otras circunstacias que pudieran influir en la consideración del interés, aconsejan la conveniencia é igualmente la justicia de obtener el mismo

resultado por medios más sencillos y más rápidos, que ni dificulten ni comprometan y se hallen al propio tiempo al alcance de todo el mundo.

Pero donde realmente tiene gran trascendencia ó significativa importancia la reforma que propongo al precepto del Código que motiva estas observaciones, es en lo referente á la intervención judicial que autoriza cuando los partícipes no consigan constituir mayoría, ó el acuerdo de ésta fuese gravemente perjudicial á los interesados en la cosa común. En este importantísimo punto, el Código probablemente no se fijó en las consecuencias que necesariamente habrían de derivarse de dicha intervención. Su forma contenciosa indispensable, que á buen seguro nadie pondría en duda, por la discordia ó diversidad de criterios que forzosamente ha de ser causa de cualquiera de dichas dos circunstancias, y por tanto la formalidad del juicio, la firmeza de sus resoluciones y la eficacia de los recursos que puedan ocasionar, han de llamar naturalmente la atención, para preguntarse, siquiera, si la intervención judicial ha de ser más bien un medio de acabar con la comunidad, que de facilitar su regimen.

De otro modo no es extraño que, como aparece en el Código, se equiparen aquellas dos circunstancias para provocar de igual suerte la referida intervención. Quizás se haya pensado que al fin la decisión judicial, cualquiera que sea la causa que la motive, no ha de desempeñar otra misión que la de sustituir por su fallo lo que podrían haber acordado ó convenido los mismos interesados. Pero á poco que se medite, y como lo revelan también estas distintas expresiones, el acuerdo y la convención, señaladamente no olvidando lo prevenido por el párrafo segundo del art. 392 del mismo Código, se penetrará de la diferencia que existe entre el uno y la otra, pues no cabe desconocer cuán peligroso resultaría admitir que, por acuerdo de una mayoría, cupiera desvirtuar lo convenido

por todos los interesados ó partícipes, cuya unanimidad, ya sea confirmando, ya modificando el régimen de la comunidad establecida entre los mismos, tiene, como condición absoluta ó forzosa de su propiedad pro indiviso, una firmeza ó eficacia jurídica que no cabe desvirtuar ó alterar por el simple acuerdo de una mayoría.

Ahora bien; el fallo ó solución pronunciada en forma contenciosa, cuya expectativa autoriza á cada uno de los copropietarios á la defensa ó pretensión de lo que considere de su derecho, no puede menos de reunir por naturaleza aquella firmeza derivada de la convención unánime, la cual, si en principio no ha de ser mirada como obstáculo, por representar la voluntad de todos los interesados, no así cuando, como resultado de un fallo, representa la imposición contra la voluntad de algunos. Por esto es indispensable gran cautela al facilitar ó autorizar la intervención judicial, aunque sea tan sólo como facultad para promoverla. Si no es ocasionada á conflictos tratándose de aquello que necesita la voluntad ó el consentimiento de todos los que pueden ser parte legítima en el juicio, podría originarlos, y de señalada importancia, cuando únicamente se trata de lo que cabe obtener por la voluntad tan sólo de la mayoría de los mismos.

¿Cuál será el límite entre lo que necesite de la unanimidad y aquello para lo que baste la mayoría? ¿Cuál la permanencia del fallo ó de la resolución en que provea la autoridad judicial? ¿Bastará para lo primero el concepto de la administración cuando el mismo art. 398 del Código lo acompaña del relativo al mejor disfrute? ¿Quedará á salvo la voluntad de la mayoría, si se consigue, cuando lo que se resuelva judicialmente sea resultado de no haberse todavía conseguido? Aunque, tanto acerca de estos puntos, como de muchos otros que corresponde prevenir tratándose de la intervención judicial, interese principal-

mente el indicado deslinde de cuanto haga indispensable la unanimidad y lo que sólo requiera la mayoría, como expresión de lo que sea fundamental ó simplemente accidental en la comunidad de que se trate, desde luego se observa que no es cosa de anular, por decirlo así, la acción de ésta, mediante la intervención judicial, como podría ocurrir si sobre sus resoluciones no pudiera ya después funcionar la mayoría que había podido decidir antes de pronunciarlas.

Por esto considero, según antes ya indicaba, y conforme revelan también los párrafos tercero y cuarto del art. 1.297 del Proyecto, que no cabe en rectos principios equiparar la circunstancia de no conseguirse mayoría con aquella en que se consiga de manera que resulte por su acuerdo considerable perjuicio. En el primer caso debe tenerse presente que la función de la mayoría es un elemento inherente al régimen de la comunidad; elemento que, por lo mismo, es preciso conservar en la integridad de su respectiva competencia, siquiera transitoriamente, ó para algún momento determinado, sea indispensable suplirlo con la intervención judicial: no hay en él manifestación contraria al interés común ni al de algunos de los partícipes; no existe, en realidad, motivo para desconfiar ó sospechar de su virtualidad en el régimen de la comunidad; y si por consiguiente corresponde por respeto al derecho de cada uno no alterar semejante régimen, es natural que se establezca, como hace dicho párrafo tercero del Proyecto, que lo que por el Juez se resuelva subsista sólo mientras por la mayoría (en quien radica la competencia del caso) no se decida otra cosa.

De este modo la intervención judicial, si bien suple en lo necesario, no es, sin embargo, obstáculo de ningún género para el libre funcionamiento del régimen comunal, asentando por de pronto la firmeza de lo resuelto sólo en las condiciones especiales que provocan su pro-

nunciamiento respectivo (ó sea, á falta de mayoría y mientras ésta no se consiga) y respetando en su consecuencia la competencia permanente de la misma mayoría respecto de las materias ó asuntos acerca de los cuales puede la comunidad pronunciarse en dicha forma; pues no hay que olvidar que, si lo acordado por mayoría puede ser modificado en igual forma, del mismo modo ha de poder serlo lo que se resuelva para suplir solamente la falta de su acuerdo.

No sucede lo mismo tratándose del caso en que, no obstante el acuerdo de la mayoría no quepa cumplimentarle, y sea de consiguiente indispensable la intervención judicial, no para suplir el funcionamiento ó la normalidad en el régimen común, sino para impedir que ésta se convierta en daño de algunos ó de todos los partícipes. Se trata entonces de una verdadera contienda para la defensa del derecho, ya sea éste particular ó común á varios interesados, cada uno de los cuales, como cualquier otro partícipe, puede legítimamente sustentar lo que estime de justicia; y claro es que en presencia de un asunto de esta naturaleza, que se ajusta á la misión encomendada á la autoridad de los Jueces, las resoluciones que éstos pronuncien han de tener un valor más firme y definitivo, aun cuando deba ser siempre sin olvidar que al fin recaen sobre lo que en principio corresponde decidir mediante un régimen común, para que de este modo, atendiendo á semejante circunstancia, que exige el concierto ó harmonía entre dicha intervención y el derecho particular de cada partícipe, ni aquélla se imponga cuando todos estimen que el daño haya desaparecido, retirándose, al efecto, la reclamación que la motive, ni tampoco cuando la desaparición de todo perjuicio sea resultado de la variación ó cambio de circunstancias. En estos casos más bien pudiera ser perjudicial para la comunidad lo resuelto mediante la intervención judicial; y ya que al fin lo esen-

cial consiste en facilitar sin daño grave, más bien que en impedir, el régimen de comunidad, en nada ha de padecer la autoridad de las resoluciones pronunciadas, porque la ley, á fin de sustentar en lo posible aquel régimen, faculte para retirar la reclamación de intervención, ó, con objeto de respetar el derecho de todo interesado dentro de la comunidad, faculte igualmente para modificar lo resuelto si sobreviene el cambio de circunstancias en tanto se consigue que cese aquella intervención y quede devuelta á la comunión de los partícipes la integridad de sus funciones.

Ante la posibilidad de que sobrevenga cualquiera de estas dos últimas contingencias, el Proyecto, á diferencia del Código, precisa lo que corresponde proveer (esto es, la administración) si el acuerdo perjudicial se refiere al disfrute de la cosa común; pues en estos casos en que los copropietarios susciten, con motivo del disfrute, discordia tan acentuada como expresiva del fundado peligro de atentar ó de abusar de los derechos de los menos, parece ser lo más adecuado al respeto de los de todos constituir en administración el objeto de la comunidad, para que unificando así la acción en cuanto á los medios de conseguir el disfrute, se coloque respecto á éste á todos los copropietarios en condiciones de igualdad, ínterin no hagan cesar á la intervención judicial retirando la reclamación que la hubiese provocado.

De esta suerte, y salvo la latitud necesaria en cuanto á las resoluciones que corresponda adoptar en los demás casos de dicha intervención, se concierta fácilmente la necesidad que ésta representa con la existencia voluntaria del régimen de comunión, impidiendo, ante todo, que la intervención judicial sirva para destruirlo, y franqueando en su consecuencia medios de restablecerlo, ya que por algo los partícipes, á pesar de su discordia en el ejercicio de las funciones correspondientes al régimen

referido, no provocan, pudiendo hacerlo, ni el término de la comunidad, ni su separación de ella. Desde el momento que por no acudir á ninguno de estos extremos alguno de los partícipes resulta patentizado su interés en mantener la propiedad común, la ley está en el caso de ofrecer medios de restablecer, siempre que aquéllos quieran, el régimen voluntario en lugar de sustituirlo de modo que indirectamente permita destruir la comunidad ó imposibilitar su régimen.

Como complemento de tan importante materia contiene el Código el último párrafo del art. 398; pero, aparte de que en todo caso sería indispensable modificar su redacción, para concertar en forma práctica el objeto del precepto y el propósito del legislador al establecerlo, no puedo menos de hacer presente que la trascendencia de aquella última parte requiere más bien reservar para artículo distinto la materia á que se refiere.

Trátase, más que del régimen ordinario de la propiedad común, de algunos estados ó formas que también puede presentar. Sin duda por esta causa el Código no acertó á expresar lo que probablemente quiso decir, para que, cuando la propiedad fuese común, únicamente en alguna parte de la cosa, tan sólo á los interesados en dicha parte se aplicara el régimen legal prevenido para la comunidad.

Prescindo, por de pronto, según indicaba, de la redacción adoptada. Por ella no es fácil averiguar si la referencia del último párrafo de dicho art. 398 es al párrafo anterior del mismo artículo, ó á todas las demás disposiciones que comprende ó al artículo que le precede. Mas, independientemente de este punto, relativo á su interpretación, desde luego se nota que la causa que motiva aquel precepto, y de consiguiente la circunstancia de existir comunidad solamente en una ó varias partes de alguna cosa, puede ser resultado de formas de propiedad por extremo

diferentes; como que lo mismo pueden ser distintas, aun tratándose de una sola cosa, las comunidades de sus copropietarios si al fin, radicando en parte diversa su proindivisión, resulta no obstante indeterminada para todos su respectiva pertenencia, que coexistir alguna comunidad con la pertenencia particular ó exclusiva de una parte de la cosa en favor de uno ó más partícipes en la propiedad de la misma.

No importa, pues, que á esta última situación se refiera principalmente el Código en el mencionado art. 398. Lo que interesa es tener presente que semejante coexistencia puede tener lugar, ya entre la propiedad singular y la común, ya también entre distintas manifestaciones de esta clase de propiedad; como que la separación entre la relativa á alguna ó varias partes de una cosa y las demás que forman parte integrante de ella puede realizarse siendo ó no determinada cualquiera de sus partes componentes.

Así como la proindivisión es sinónima de comunidad por la indeterminación de la porción ó parte de las cosas en las cuales radica el interés particular de cada partícipe, la determinación de este interés, no obstante la integridad de la cosa y sin provocar por tanto su división, implica necesariamente una especie de propiedad particular ó privativa, aunque por la unidad de cosa no permita una manifestación pura de dicha clase de propiedad y origine en la común una forma especial equivalente ó parecida á la propiedad singular. En estos casos la identidad de cosa entre distintos propietarios, siquiera sea diferente la parte ó posesión en que radique la pertenencia de cada uno ó de varios, motiva una especie de coexistencia de la propiedad particular y la común, aun cuando sea sobre la base de esta última, á la cual caracteriza la referida identidad de la cosa apropiada.

Las distintas fases que con este motivo puede presen-

tar la propiedad común, expresivas cada una de una situación especial de dicha clase de propiedad, exigen también que tan importante materia se sintetize de modo que, además de evitar que se confundan con el simple régimen ó manera de funcionar la comunidad, sirva de doctrina general susceptible de regular sus diversas manifestaciones; por todo lo cual, según aparece en el proyecto, corresponde estatuir dicha doctrina, (art. 1.268), no sólo prescindiendo de toda fórmula casuística análoga á la del citado artículo del Código, sino también haciéndola objeto de artículo ó precepto diferente.

He aquí la materia á que se refiere el mencionado artículo 1.268 del Proyecto. No es difícil comprender que los distintos propietarios de una misma cosa, aun formando, por decirlo así, agrupaciones diferentes si es diverso también el derecho de propiedad en que consista la pertenencia de varios, ó pueden tener su propiedad indeterminada y resultar de consiguiente en proindivisión, ó tenerla determinada respecto á alguna ó más partes de la cosa en cuyo caso siempre la identidad de ésta, al originar entre ellos un vínculo de unión, ha de dar lugar á que, por lo menos respecto de algunos componentes de la misma, surjan derechos y prestaciones recíprocos fundados en la propiedad que los une y en el interés que para todos y para cada uno representa la necesidad de semejantes componentes para la existencia ó para la integridad de la cosa que en una ú otra forma es pertenencia de todos.

Podrá suceder que siendo distintos los interesados en derechos diferentes respecto á una misma cosa, se originen en su propiedad comunidades distintas; podrá ocurrir que alguna ó varias de estas comunidades coexistan en la propiedad con propietarios á quienes separadamente pertenezcan diversas partes alícuotas ó porciones en proindivisión; pero hasta aquí la conjunción de tan diferentes derechos, ya pertenezcan á un solo individuo, ya á mu-

chos, se realiza sin determinación de parte concreta de la cosa en que se cifre el interés de cualquiera de los mismos, y por esto el derecho de propiedad de todos y de cada uno de ellos se caracteriza por la porción alícuota que mantiene vivo el interés común, tanto sobre el conjunto de la cosa como sobre cualquiera de sus partes. Pero puede ocurrir también que la conjunción en la propiedad sea resultado del hecho de formar parte integrante de una misma cosa componentes susceptibles de ser determinados separadamente, y por tanto de una manera concreta. Si en semejantes circunstancias la separación pudiera ser perfecta, de suerte que por ella no hubiese de padecer ni la integridad ni la existencia de la cosa, desde luego se nota que más bien resultarían propiedades diferentes, por tratarse de cosas que mediante dicha separación acabarían por ser completamente distintas. Mas si esto no es posible, si ha de subsistir para la propiedad la integridad de una cosa perteneciente á varios, siendo no obstante posible arraigar en partes ciertas ó determinadas de la misma el derecho de propiedad correspondiente á cada uno, entonces aparece, según decía, la situación á que es de suponer que se refiere el último párrafo del artículo 398 del Código, en que coinciden, por la determinación de la parte de la cosa á que se contrae el interés particular de cada copropietario, la propiedad singular y la común, aunque por necesidad tengan que ostentar semejante coincidencia, componentes ó partes materiales de la cosa que han de ser objeto de un verdadero interés común entre aquellos que relativamente al resto tienen su propiedad determinada ó concreta.

Por esto en semejantes circunstancias existen realmente Comunidades diferentes, ya tengan unas por base la indeterminación de la cosa sobre que radica el derecho de cualquier interesado, ya la necesidad de todos en conservar ó afirmar algunas condiciones de existencia ó de

integridad de la cosa apropiada por los mismos. No porque esta última circunstancia permita que una parte, por ejemplo, de la cosa pertenezca privativamente á un copropietario, deja de dar lugar á que su interés sea común con el de los demás partícipes de la cosa, relativamente á aquéllas partes que como el tejado ó las paredes maestras, tratándose de una casa, son indispensables á su existencia ó á la unidad material del conjunto que la forma. Podrá no verse en estos casos tan marcadamente como en los de pura indeterminación la proindivisión que caracteriza á la propiedad común; pero, al fin á poco que se medite se observará forzosamente que, aunque sea graduando por la estimación ó riqueza correspondiente á la parte privativa de cada uno la participación del mismo en el interés común ó de todos sobre aquellas cosas indispensables á la existencia ó integridad de la que es objeto de la propiedad de varios, siempre resultará entre éstos una verdadera comunidad que habrá, por tanto, de regirse, siquiera sea en los indicados límites del común interés que la motiva, por las disposiciones que regulan esta forma de propiedad.

En este sentido informa el Proyecto que acompañó el párrafo primero del art. 1.268, á fin de que siempre que por cualquier causa sean varias las comunidades interesadas en la propiedad de alguna cosa, el régimen de cada una se acomode á las disposiciones que según sus especiales circunstancias correspondan en virtud de lo establecido en los artículos anteriores, los cuales serán aplicables separadamente á cada comunidad, tanto para que sólo puedan concurrir á formar mayoría aquellos copropietarios que á su vez sean partícipes de la comunidad de que se trata, como para que cada uno de éstos intervenga mediante la representación que corresponda con arreglo á dichas disposiciones, cuando la pertenencia común que constituye su objeto consiste en alguna participación ó

parte alícuota del derecho que sea objeto de otra comunidad distinta.

Aunque esto propiamente bastaría para atender á cualquier forma por la cual coexistieran en una misma cosa diversas Comunidades constituídas por sus copropietarios, puesto que al fin también el que lo fuese de parte determinada, mientras ésta no constituya por sí sola cosa distinta, ha de encontrarse ligado en razón de interés común con los demás, relativamente á los componentes mediante los cuales su porción determinada fuese parte de la cosa perteneciente á varios; como después de todo las comunidades se caracterizan por la proindivisión y consiguiente indeterminación de la pertenencia de cada partícipe, he considerado conveniente, no obstante no ser absolutamente necesario, comprender en dicho artículo por un párrafo segundo la doctrina que, inspirada en los mismos principios del primero, sirva para su aplicación en los casos en que respecto de algún copropietario concurra la circunstancia de ser conocida ó determinada la parte de la cosa común que al mismo pertenezca.

Ocurre en tales circunstancias que, si bien el régimen de comunidad ha de tener aplicación en la parte ó partes comunes y alcanzar únicamente á los interesados que la forman, para dejar de este modo al copropietario de porción determinada el régimen libre de su pertenencia particular ó exclusiva, cual si en los límites de ésta se tratara sólo de propiedad singular, su vínculo de unión respecto á una misma cosa con los demás copropietarios exige, naturalmente, que aquel respeto á su libertad de acción, en cuanto á su pertenencia, se mantenga siempre que no cause perjuicio al derecho de los propietarios de la porción común, y que por lo tanto esta restricción forzosa, derivada de la necesidad de respetar el derecho de todos en una cosa de propiedad de varios, se traduzca en alguna fórmula legal análoga á la del art. 1.265 del Proyecto,

que se ocupa, á semejanza del art. 396 del Código, de la clase de propiedad en que los distintos pisos de una casa pertenecen á propietarios diferentes.

Mientras la integridad de una cosa sea obstáculo á la separación material de sus partes componentes, y en una palabra, siempre que se trate de cosa indivisible de pertenencia de varios, ó la propiedad de cada uno, estará representada por una participación indeterminada ó consistirá precisamente en una parte señalada, originándose, con motivo de esta doble manifestación que relativamente á la cosa puede tener semejante clase de propiedad, múltiples combinaciones según la manera como por sus respectivos derechos resulten agrupados ó separados los copropietarios ó partícipes, para todas las cuales cabe, con arreglo al mencionado artículo del Proyecto, estatuir el régimen de la cosa sobre la expresada base de que sea determinada ó indeterminada la pertenencia de todos ó solamente de algunos, lo cual no sucedería ni por su redacción, ni por su colocación, ni por los extremos que comprende, si para tan importante materia no cupiera acudir á otra regla jurídica que la contenida en el referido último párrafo de dicho art. 398 del Código.

Artículo 399.—Lo mismo podría decirse del siguiente artículo, ó sea el 399 del Código. Por continuar en él la confusión antes indicada entre la propiedad y el dominio, más bien parece una disposición referente al condominio que una norma reguladora de la propiedad común. Es peculiar, por tanto, á la comunidad posible acerca de uno de los derechos reales, el de dominio, en lugar de ser general á toda comunidad derivada de cualquiera de dichos derechos. Y sin embargo, es bien seguro que independientemente de su redacción, relativa sólo á los condueños, en el propósito del legislador debió extenderse su alcance á todo propietario, cualquiera que fuese el derecho real en que consista su pertenencia, puesto que su

doctrina, ó por mejor decir, el principio que formula es de carácter general y aplicable de consiguiente á toda manifestación de la propiedad común, en la cual, no obstante las restricciones concernientes al ejercicio de los derechos de disfrute, transformación y de defensa y deslinde, queda para el de transmisión de la utilidad jurídica que caracteriza el derecho de cada copropietario, una situación cuya especial naturaleza esencialmente jurídica, que permite el aprovechamiento sin necesidad de accionar materialmente sobre la cosa apropiada, hace posible que, no obstante la propiedad común, se utilice libremente por todo copropietario su participación.

La acción libre de todo copartícipe en cuanto á su parte alícuota; en una palabra, el valor objetivo de ésta como materia de propiedad y el ejercicio de los derechos que produce independientemente del régimen de la cosa en que aquélla radica, es, por decirlo así, el asunto sobre que versa el mencionado artículo, á que corresponde por semejante doctrina el art. 1.269 del Proyecto.

La simple comparación de sus respectivos términos revela desde luego las modificaciones que he considerado indispensables para llenar el cometido que se acaba de indicar. Aunque sea cierto que conforme expresa el Código tenga todo condueño la plena propiedad de su parte, no puede decirse lo mismo respecto de los demás comuneros que no sean partícipes en el derecho de dominio. Todos tienen, en verdad, la facultad de disponer de su parte como si ésta fuese objeto de propiedad particular; todos hacen suyos los frutos ó utilidades que les correspondan, como en su día podrían también los condueños hacer suya por la división de la cosa común aquella parte de la misma que llegara á corresponderles; pero precisamente este concierto, que permite en el régimen de comunidad singularizar el derecho del copartícipe mientras lo utilice separadamente de la cosa y á condición, en cierto

modo, de hacer efectiva su disposición particular con la porción de aquella que en su división le pueda corresponder, es circunstancia que, por más que siempre se muestre más perfecta en el condominio, acompaña sin embargo á cualquiera otra manifestación de la propiedad común, en la cual rige el principio de que el copropietario pueda ejercitar sus derechos, como si se tratase de la propiedad singular, siempre que por la naturaleza del objeto de la comunidad ó por la especialidad de dicho ejercicio pueda proceder de manera que ni se perjudique al interés común, ni impida á los copartícipes utilizar según su respectivo derecho la cosa de que se trate.

En este sentido el Proyecto generaliza á todo copropietario lo que el Código concreta á todo condueño; y claro es que al hacerlo, ni había de declarar que tuviesen propiedad plena en su parte los que no fueran partícipes de derecho alguno dominical, ni comprender en este lugar disposición alguna peculiar al condominio, ni formular otra doctrina que la de la libre transmisión de la participación de cada uno, ya sea con relación á su parte alícuota, ya también con referencia á los frutos ú otras utilidades que por ésta le correspondan.

El partícipe en el usufructo, por ejemplo, no tiene ni puede tener propiedad plena de su participación, como que semejante propiedad no es ni siquiera objeto de la comunidad de que forme parte. La propiedad plena sólo existe en los derechos dominicales, y de consiguiente, ni en el todo ni en sus partes puede concurrir en los que sólo son limitativos del dominio.

Pero la facultad de disponer libremente como si se tratara de propiedad singular, concretándose á los límites de toda participación indeterminada y á las condiciones anejas á su misma indeterminación, es derecho que, sin menoscabo de nadie, puede ser ejercitado por cualquier copropietario, y que constituye por ello una facultad pri-

vativa, de la que cada uno de éstos puede hacer uso separadamente y con completa independencia de los demás. Así pues, la facultad de enajenar, gravar ó hipotecar las participaciones de los comuneros no quedará limitada á los condueños, según aparece conforme al Código, ni es tampoco menester hacer, como sucede en este cuerpo legal (dicho art. 399), salvedad alguna acerca de lo que denomina derechos personales, que nada tienen que ver, como tales, con los derechos de propiedad esencialmente reales, ni pueden referirse á las funciones que correspondan á determinadas personas, cuyas funciones por su misma naturaleza jurídica resultarían siempre independientes de toda disposición de cualquier derecho real por su respectivo propietario, ni hacer tampoco referencia á ciertos derechos, como los de uso ó de habitación, cuya incompatibilidad con toda transmisión, sustitución ó gravamen (art. 525 del Código) es igualmente circunstancia inherente á su especial condición ó naturaleza jurídica que por sí sola hace innecesaria toda salvedad, expuesta por lo mismo á provocar confusión.

Por esto ninguna de estas particularidades se consigna en el Proyecto, limitándose á establecer la necesidad de que todo derecho limitativo que sea objeto de la disposición del copartícipe sea compatible con la naturaleza de la cosa ó del derecho real en que consista la propiedad común; y estatuyendo, á igual que el Código, el efecto en cierto modo condicional de la enajenación ó el gravamen en las relaciones del adquirente con respecto á los demás interesados en la comunidad de que se trate.

Artículo 400.—Otros de los derechos que no obstante la proindivisión son esencialmente particulares ó exclusivos de cada uno de los comuneros, consisten en la facultad de separarse de la comunidad originada por la proindivisión, y en la de promover la división de la cosa. Ambas se dirigen á singularizar el derecho de propiedad de cual-

quiera copartícipe, objetivo que estimado ya de antiguo por el derecho romano (leyes 8.ª y 14, título III, libro X del Digesto, y título XXXVII, libro III del Código), han mantenido la mayor parte de los Códigos modernos y se sustenta igualmente en el nuestro, art. 400, equivalente al art. 1.270 del Proyecto. Tanto éste como el Código civil nada prejuzgan en principio sobre el término de la comunidad por la sola voluntad de alguno de los partícipes. La conclusión de aquélla ha de depender, como su origen, de la necesidad ó innecesidad de su existencia, puesto que, aun cuando por la división deba terminar la comunidad y sea facultad privativa de todo partícipe provocar la división siempre que le convenga, no por esto deja de estar subordinada semejante facultad á las condiciones especiales de la cosa, según su naturaleza, y por tanto á la circunstancia de que sea ó no divisible. Por esto puede decirse que ni el derecho de no poder ser obligado á permanecer en la comunidad sea sinónimo de la facultad de hacerla terminar, ni el derecho de solicitar la división de la cosa común es tan absoluto que no haya de tener límite alguno ni aun en atención á la naturaleza de ella. En este punto entiendo que con buen acuerdo no reprodujo el Código civil (dicho art. 400) la doctrina á que extiende el Código italiano (art. 681, párrafo 1.º), las facultades del comunero, para que en todo tiempo pueda pretender la terminación de la comunidad de que forma parte. El respeto á la voluntad de cualquiera para separarse de la comunidad, la misma necesidad de conseguirlo instando la división de la cosa cuando ésta sea divisible, no son ciertamente incompatibles con la existencia de aquélla, si al fin cabe que subsista por no ser la cosa susceptible de división. De otro modo, la indivisibilidad de la cosa obligaría forzosamente á permanecer en comunidad, y, sin embargo, ésta puede terminar ó solamente reducirse por la separación de algún partícipe, á

pesar de que aquélla sea real ó juridicamenie indivisible.

No ha de confundirse, pues, el término de la comunidad y la división de la cosa. La distinción de cada una de estas materias exige que separadamente se las trate, y á esto no se opone el principio fundamental, en cuya virtud ningún copropietario está obligado á permanecer en la comunidad. La virtualidad de este principio es completa, cualquiera que sea la naturaleza ó el destino de la cosa; pero precisamente en estas circunstancias podría encontrar algún obstáculo la eficacia del que proclama que todo copropietario pueda pretender en cualquier tiempo que se divida la cosa común. Lo esencial de la referida doctrina, que tan señaladamente caracteriza á la propiedad común y á su régimen, estriba, de consiguiente, en lo primero, motivando por lo mismo la imposibilidad ó la prohibición legal de que por pacto cupiera alterar dicha naturaleza jurídica de la comunidad de bienes, que igualmente de antiguo (también en derecho romano la mencionada ley 14 del Digesto) resultaba defendida con la declaración de ser manifiestamente nulo el pacto por el cual los comuneros conviniesen en no dividir la cosa.

De este extremo al de conservar la indivisión por cierto tiempo, va, sin embargo, gran distancia. Acogerse á este recurso aunque sea por algunos años, sobre no alterar fundamentalmente aquel carácter potestativo de la proindivisión, facilita en muchos casos el aprovechamiento de la cosa común de manera más conforme, por el destino que se le dé, al interés general de la comunidad á la cual pertenece. Al efecto se ha procurado concertar mediante pacto la naturaleza de la propiedad común, que salva siempre la posibilidad de singularizar respecto á cada copropietario el derecho real en que aquella consiste, y el referido interés general ó común de todos los copartícipes en utilizar conjuntamente por tiempo determinado la cosa de pertenencia de todos.

Pero aun cuando en este punto resulten acordes el Código (párrafo 2.º del art. 400) y el Proyecto (párrafo 2.º del artículo 1.270), contiene además éste otra disposición (la del párrafo 3.º) que completa la doctina de aquél. No basta autorizar aquel pacto por tiempo que no exceda de diez años. No basta tampoco permitir su prórroga mediante nueva convención. Es menester fijar bien por quién y cómo ha de ser en cada caso establecido dicho pacto. Tratándose como se trata de un derecho de propiedad, su modificación, aunque sólo sea meramente temporal, ha de ser obra exclusiva de la persona del propietairo. No hay que confundir el régimen ó ejercicio de los derechos con la determinación ó modificación de los mismos. Si para lo primero cabe buscar en las manifestaciones de alguna mayoría la expresión del interés general, en lo segundo la constancia y perpetuidad del derecho mismo exige la cooperación particular de cualquiera á quien pertenezca. De otro modo sería fácil desnaturalizar la verdadera propiedad, haciendo que el pacto lejos de servir de medio para facilitar su mejor disfrute, degenerase en instrumento perturbador, salvando el límite puramente temporal ó transitorio de los compromisos personales, para crear derechos reales de carácter arbitrario que ligasen la suerte de las cosas de un modo permanente, y por tanto cualquiera que fuese el propietario de las mismas.

En este sentido no he podido menos de considerar que, cuando el Código estimó justo establecer ciertas restricciones á la facultad de arrendar (art. 1.548) y no solamente para los casos en que mediante el arriendo inscrito se origina una especie de derecho real, sino de un modo general que puede alcanzar igualmente á los derechos personales derivados de semejante contrato, con mucho mayor motivo correspondía estatuirlas para el expresado pacto de mantener la proindivisión temporalmente, aun limitando á diez años como máximum el período de com-

promiso; pues al fin la naturaleza de éste, independientemente de su mayor ó menor duración, altera profundamente la facultad esencial al propietario de singularizar su propiedad ó caracterizar su pertenencia por cosa determinada y precisa sometida exclusivamente al mismo, y podría en alguna circunstancia ser causa ó servir de pretexto para abusos ó compromisos que indirectamente privasen al verdadero propietario del legítimo ejercicio de sus derechos. Si el marido, el tutor ó el administrador de bienes, y aun el padre; si, en una palabra, el representante legal y á su vez el voluntario sin poder especial no pueden conceder en arrendamiento las cosas por término que exceda de seis años, siendo así que después de todo el arriendo produce derechos definitivos, cuyo alcance puede precisarse fácilmente y cuya trascendencia, aun relativamente al daño que se haya causado al arrendar, es susceptible en muchos casos de inmediata determinación, ¿cómo no hacer extensiva, siquiera en forma análoga, semejante prohibición legal para un pacto que, como el de mantener la proindivisión, entrega la cosa á las contingencias de un régimen cimentado en la dirección de una mayoría, no ya simplemente en lo relativo á una relación como la del arrendamiento, sino con respecto á todas las concernientes á su administración y disfrute, y no solamente por plazo de seis, sino también de diez años?

Estas solas circunstancias, aparte la principal antes indicada, consiguiente á la naturaleza del derecho de propiedad y á la necesidad de no confundir sus modificaciones con su simple administración, para reservar aquéllas únicamente á la persona del propietario, sabiendo, como es sabido, que aun siendo éste menor ó incapacitado precisa á sus representantes legales, para la alteración ó transferencia de sus derechos cuando llega á ser necesaria, ciertos requisitos especiales que restringen la libertad de su disposición, me han decidido á consignar igual-

mente en el art. 1.270 del Proyecto el referido párrafo 3.°, que, ajustándose á la expresada doctrina del Código referente al arrendamiento, no sólo precisa por quiénes y cómo ha de celebrarse en su caso el mencionado pacto de continuar en la indivisión, sino que garantiza, además, la necesidad de que disfruten del pleno ejercicio de sus derechos civiles los propietarios que lo celebren; en una palabra, que sea resultado de su gestión directa y únanime por personas plenamente capaces y sin otra representación que la voluntaria, mediante poder especial.

Artículo 401.—Pero, ya decía hace poco, con ocasión del art. 400 del Código, que si es principio absoluto que no puede obligarse al copropietario á permanecer en la comunidad, no siempre, sin embargo, su separación ha de realizarse mediante la división de la cosa. Tratándose de elementos que el derecho recoge para ordenar su vida jurídica y cuya existencia por lo mismo, en lugar de ser esencialmente de esta naturaleza es como material independiente del derecho, según sucede con las cosas, la posibilidad ó imposibilidad natural de hacer con ellos un cambio ó transformación cualquiera es circunstancia que necesariamente ha de influir en la legislación reguladora de semejantes elementos. Si en el terreno de las relaciones de los copropietarios el derecho puede desenvolver sus principios libremente, no ocurre lo mismo en el terreno de las cosas apropiadas. Así como en aquél cabe llegar hasta poner término á la comunidad que constituyen los partícipes, en el último no es rectamente factible llegar hasta la extinción ó destrucción de la cosa. Considerada ésta como elemento útil para los efectos de la propiedad, su destrucción equivaldría á la extinción del derecho, en lugar de llegar á la singularización de éste, ó de la utilidad que representa, por la simple división cuando se trata de las cosas divisibles. Sería notoria contradicción, por no calificarla de flagrante absurdo, proponerse

vivificar el derecho de propiedad ó utilizar las cosas acudiendo precisamente á la destrucción de las mismas. No otro sería el resultado si entre la división se comprendiese la destrucción, y, de consiguiente, ante la necesidad de distinguir una y otra, y teniendo siempre presente que la facultad de cada uno de los partícipes de provocar la extinción de la comunidad por la división de la cosa común supone que no ha de ser en perjuicio de los demás; es manifiesto que la divisibilidad ha de ser considerada, no ciertamente en razón del fraccionamiento material de la cosa, que podría fácilmente convertirla en objeto inútil extinguiendo por su división la utilidad de la misma como todo, sino en razón de las funciones que desempeña en el derecho, ó sea, en atención á la utilidad de que sea natural y legalmente susceptible para estimar siquiera como divisible aquella cuyas porciones ó partes resultantes de su distribución total sean igualmente susceptibles de prestar la misma utilidad ú otra análoga á la que prestara ó pudiese prestar el todo.

La división, ni ha de convertirse en daño de la propiedad por la destrucción ó inutilización de la cosa, ni tampoco en perjuicio de los copropietarios, imponiendo á éstos gravámenes ó exigiendo de los mismos sacrificios que, por ser contra su voluntad, más bien resultarán perturbaciones de su respectivo derecho. Esta doctrina, establecida ya de antiguo en nuestra legislación (leyes 2.ª y 5.ª, título IV, libro III del Fuero Real, y ley 10, título XV, partida 6.ª) y acerca de la cual había precisado su aplicacion la jurisprudencia (sentencias de 19 de Abril de 1881 y 24 de Mayo de 1886), ha sido mantenida, aunque traducida quizás de una manera incorrecta, en el Código civil, cuyo art. 401 la sintetiza con la fórmula de que la cosa, por su división, resulte inservible para el uso á que se destina.

Sin duda por no comprender el Código civil apartado

alguno destinado á tratar de la divisibilidad ó indivisibilidad de las cosas, sobre lo cual también la jurisprudencia había ya pronunciado la importante decisión (sentencia de 14 de Abril de 1884) encaminada á evitar que se tomara por sinónimo de división la multiplicación del todo que vendría á resultar en cierto modo, por ejemplo, en la propiedad industrial ó en el uso de los sellos y marcas de fábrica, si cupiera singularizar en cada copropietario el uso ó derecho que á todos perteneciese en común, se ha visto en la precisión de formular incidentalmente tan interesante doctrina al ocuparse de la llamada comunidad de bienes, como podría haberlo hecho al tratar de la partición de la herencia ó de cualquiera otra institución llamada á regularizar la distribución, y en su caso adjudicación de bienes entre los interesados en ellos.

El Proyecto, por el contrario, regulando la referida materia al ocuparse (título preliminar del libro III) de las cosas en la parte destinada á las divisibles é indivisibles, no ha necesitado sino de una disposición de referencia al formular respecto á la propiedad común, por el art. 1.271, la doctrina á que se refiere dicho art. 401 del Código. Pero por más que esto parezca á primera vista una simple indicación de sistema, no deja de tener en el fondo significativa importancia, tanto por la necesidad de desenvolver de un modo general toda doctrina susceptible de aplicación á diversas instituciones, como porque, según indicaba, la solución del Código al calificar la indivisibilidad de las cosas puede, por su vaguedad ó falta de exactitud, servir mejor de pretexto para cuestiones, que de norma destinada á orillarlas, trazando con exactitud el alcance de los derechos.

En efecto, la calificación del Código se refiere, según decía (dicho art. 401), á la circunstancia de que la cosa por su división resulte inservible para el uso á que se destina. Dificultad y grande ha de ser fijar la verdadera inteligen-

cia del Código, porque á buen seguro que cualquiera que haya sido el propósito que guiara al legislador al formular aquella redacción, podía en ésta haber sido más claro, aunque tampoco de este modo apareciera el acierto. De todos modos, es de suponer que debiendo la cosa común resultar por su división distribuída en varias partes, la referencia del Código ha de ser más bien á éstas que á aquélla, como si expresara que las partes resultaran inservibles para ser utilizadas conforme al uso á que estuviese destinada la cosa al practicar su división. Pero aun así, ¿á qué hacer depender la divisibilidad de circunstancia tan contingente como la del uso adoptado (y quizás solamente por mayoría) para su mejor disfrute durante la comunidad, cuando puede suceder que se trate de cosa susceptible de diversos usos y en condiciones, por lo tanto, para ser utilizada para cualquiera de los usos permitidos por su especial naturaleza? ¿Hay que sacrificar el derecho á utilizarla, siquiera según sus condiciones naturales, al destino que accidentalmente haya tenido durante un estado que precisamente por la división está llamado á terminar? ¿Se dirá que el Código no se refiere positivamente al uso que se hiciese de la cosa al practicar la división? ¿Se dirigen quizás sus referencias al uso que comunmente se da á cosas como las de que se trate, ó al uso local ó de región ó á cualquier otro que su naturaleza consienta? He aquí, entre otras, multitud de cuestiones, casi todas de hecho, en que su carácter discrecional, dilatorio y costoso habría más bien de servir para inutilizar los resultados que los copropietarios se prometiesen de la división, que para ofrecer expedición y seguridad á la individualización de las cosas objeto de la propiedad ó singularización del derecho de cada propietario; cuestiones que resultarían á su vez más complicadas, teniendo presente la indeterminación antes indicada, que se observa en las referencias de aquella redacción, que no es fácil sa-

ber si se concretan, como expresan, á la cosa, aunque así resulte un contrasentido, ó á las partes en que quede dividida, ó á la relación que en consideración al destino natural ó usual ó adoptado, ó á cualquier otra circunstancia, pueda existir entre las mismas partes y la cosa de que proceden.

Artículo 402.—Pero si es confusa la doctrina del Código en cuanto á lo que podría llamarse la indivisibilidad de la cosa, no lo es menos relativamente á la forma de practicar la división. Ocúpase ante todo de este punto el artículo 402 de dicho cuerpo legal; mas desde luego se observa, por sus términos, que éstos envuelven una cuestión importantísima, como todo lo que puede conducir á crear un límite ó impedir quizás la acción en justicia para ejercitar, caso necesario, los derechos que corresponden. ¿Qué objeto puede tener preceptuar en el Código que la división podrá hacerse por los interesados ó por árbitros ó amigables componedores? ¿Creía por ventura el legislador que de no haber consignado esta disposición no habrían podido acudir los interesados á la forma de los árbitros ó de los amigables componedores, que, como expresa esta última denominación, intervienen para componer ó arreglar el desacuerdo ó desavenencias de los interesados en alguna cosa ó derecho? ¿Intentó quizás atribuir á dicha forma de intervención mayor alcance que el permitido al parecer por la ley de Enjuiciamiento civil, á fin de que la división de la cosa común, mediante dicha forma, no hubiera de limitarse á los que tuviesen aptitud legal para obligarse, sino que pudiera ser extensiva á la acción de los representantes legales de aquellos que careciesen de la referida aptitud? ¿Fué resultado su mención del intento de autorizarla con separación ó independencia de las condiciones prevenidas para utilizarla en dicha ley de Enjuiciamiento, ó para hacerla depender de la voluntad de la mayoría de los partícipes como expresión de la general ó

común correspondiente á los mismos? En una palabra, ¿se creyó indispensable introducir en materia de división alguna modificación á lo prevenido respecto de aquellas formas del enjuiciamiento? No es de creer que así fuera, y menos que la intervención de los árbitros y amigables componedores, á que el Código hace referencia, se haya de realizar sin sujeción alguna á los requisitos y trámites de la judicial á que se refiere la ley de Enjuiciamiento, ni respecto al compromiso de los interesados, ni relativamente al nombramiento de los árbitros ó de los componedores, ni acerca de sus funciones ó de sus pronunciamientos.

De todos modos, y aunque pudiera considerarse poco adecuado para un juicio arbitral ó de amigables componedores la ejecución de una división de alguna cosa común, difícilmente cabrá prescindir en absoluto de las disposiciones establecidas en la mencionada ley, ni aun para armonizar su aplicación en lo posible con la naturaleza especial del caso á que dicha división se contrae; por más que en este sentido haya de observarse desde luego el peligro de semejante disposición del Código, que parece haberse propuesto excluir de la acción de los Tribunales de justicia las cuestiones relativas á la división de las cosas, que son, después de todo, las que entrañan la verdadera materia de la división misma, no limitada ciertamente al acto de su formalización ó á cualquiera operación material por la que prácticamente tomen forma los acuerdos de los interesados ó las resoluciones que á su instancia se pronuncien, sino extensiva igualmente á cuanto para llevarla á cabo signifique ejercicio de los respectivos derechos de aquellos á quienes incumbe provocarla ó pretenderla.

¿Cómo desconocer, de consiguiente, que aun cuando el Código hubiese guardado silencio acerca de dicha forma de división de carácter propiamente judicial, ningún

obstáculo habría habido para que los interesados, si quisiesen, pudieran acudir á ella para decidir sus desacuerdos ó resolver sus dificultades, ajustándose en lo preciso á lo prevenido por la mencionada ley de Enjuiciamiento? Y si esto podían hacer sólo en virtud de lo establecido por la legislación en materia procesal, ¿no podrá considerarse con ciertos visos de fundamento que desde el momento que el Código se contrae á dichas formas judiciales de carácter esencialmente voluntario, al señalar las formas por las cuales puede hacerse la división de la cosa común, es porque se propuso imponer sólo formas voluntarias y conseguir la manifestación de la voluntad en tales casos, aunque fuese mediante la mayoría de los copropietarios ó partícipes? Demasiado se comprende, por esta sola indicación, las peligrosas consecuencias á que podría conducir el referido afán de dar acceso en el Código con carácter potestativo á lo que ya lo reunía en materia procesal, y de estatuir, por lo mismo, una doctrina innecesaria, no habiendo de excluir ni limitar medio de alguno de los autorizados por las leyes procesales para el ejercicio de las acciones ó de los derechos en forma judicial.

Nadie ha de estimar como cosa corriente que el legislador formule preceptos innecesarios ó que las disposiciones legales se consideren como meras disposiciones de aquél, y por lo mismo no he podido menos de prescindir en el Proyecto de toda doctrina limitativa de las formas de practicar la referida división, y lo que es peor, restrictiva acerca de las jurisdicciones y juicios por los cuales quepa ventilar todos los particulares de la división en que las partes, ó por mejor decir los interesados, no se hallen de acuerdo. Bien se comprende que cuando el Código habla de árbitros y de amigables componedores, no ha de ser precisamente para que éstos funcionen como representantes ó mandatarios de los que los hayan nombrado, puesto que para esto resultaría aún más innecesaria se·

mejante disposición. Es preciso, de consiguiente, respetar á los copropietarios ó partícipes su libertad de acción para utilizar su derecho, lo mismo ante dicha jurisdicción potestativa ó voluntaria que ante la común y necesaria de los Tribunales de justicia; pero es igualmente conveniente, y también justo, que la necesidad de juicio no se imponga por simple capricho de cualquier interesado ó insignificante daño que supusiera derivado de la división que acordaran los demás. A este efecto previene el art. 1.272 del Proyecto, no precisamente como el Código, forma alguna extrajudicial ó judicial para practicar la división, sino las reglas mediante las cuales ha de verificarse la voluntaria cuando no fuera unánime el criterio de los partícipes ó ser posible provocar la judicial, cualquiera que sea la jurisdicción y el juicio que en tal caso corresponda.

Se dirá quizás que de este modo se asienta la doctrina de la acción de la mayoría de los interesados, que el Código reserva solamente (art. 398) para la administración y mejor disfrute de la cosa común; pero sin que esta limitación resulte completamente clara en dicho Cuerpo legal, refiriéndose (art. 402) á la voluntad de los partícipes respecto al nombramiento de árbitros ó de amigables componedores, al fin el Proyecto autoriza la acción judicial que independientemente de esta forma sirva para reparar todo perjuicio grave que pudieran ocasionar los acuerdos adoptados por mayoría, ó para hacer valer cada interesado lo que estimase su derecho, si esta por cualquier causa no se llegara á conseguir. Considerable es la distancia entre negar toda acción ante los Tribunales, aun cuando fuera exigiendo que fuese unánime la voluntad para adoptar la forma de división por árbitros ó amiga bles componedores, y autorizar las formas voluntarias mediante acuerdos de mayoría, aunque siempre con posibilidad de acudir á los Tribunales para reclamar contra daño grave ó proveer á falta de aquélla. Lo primero

puede conducir en muchos casos á notoria denegación de justicia, haciendo poco menos que imposible la normalidad de la vida jurídica, cual si las limitaciones relativas á las formas de dividir, más tuvieran por objeto inutilizar el derecho de pedir la división en cualquier tiempo que facilitar la armonía de los interesados en practicarla. En cambio lo segundo, ofreciendo siempre medio de reparar cualquier perjuicio de importancia y salvando de este modo los rectos principios de la administración de justicia, en nada menoscaba positivamente un derecho que no pueda considerarse gravemente lastimado.

Por esto he creído preferible la doctrina que consigna dicho art. 1.272 del Proyecto, completándola con la que, según su párrafo 3.°, sirve para facilitar expedición y oportunidad á la división en los casos en que sean varios los interesados en alguna parte alícuota, bien exista comunidad entre ellos ó bien sea distinto el derecho real de cada uno de los mismos. Nada tampoco establece el Código acerca de este importante particular, no obstante referirse á la voluntad de los participes al hablar del nombramiento de los árbitros ó de los componedores, pudiendo hacer extensiva esta misma indicación á su referencia á los interesados en la división de que me ocupo. Así, pues, ya deba ser unánime la manifestación de voluntad, ya baste la de la mayoría de los partícipes, y aun en el supuesto de que solamente el condueño tenga facultad para pretender la división, ni cabe desconocer el interés de los demás copropietarios en los actos ú operaciones por los cuales haya de realizarse, ni la necesidad de ofrecer solución para determinar en cada caso, y sobre todo cuando sean varios los interesados en alguna parte alícuota, quién ha de llevar respecto á ésta la voz y representación de aquéllos, á fin de que la división ni haya de dilatarse ni resultar impedida por cuestiones judiciales ó extrajudiciales suscitadas entre los mismos.

En este punto no ha de confundirse la facultad de pretender la división con la facultad de intervenir activamente en las operaciones referentes á su práctica. Aunque el usufructuario, por ejemplo, no pueda obligar al condueño de la porción en que le corresponda el usufructo á pedir la división de la cosa común con los condueños de las demás porciones de ésta, y aunque quisiera disponerse, según decía, que sólo asista dicha facultad á los que tengan condominio, siempre resultará que al usufructuario, como á cualquier otro que tenga algún derecho real sobre la cosa ó parte de ella, no puede serle indiferente la división que se practique, y en especial la manera ó los acuerdos que hayan de servir para practicarla. Claro es que en realidad la facultad de pretender y la de verificar la división radican en todo propietario para ejercitarla según la forma especial de la propiedad que le corresponda, en cuyo sentido ni cabe circunscribir la pretensión al condueño, ni tampoco desconocer que de algún modo ha de armonizarse su derecho con el del usufructuario ó de aquel á quien pertenezca algún otro derecho real, si es dominio limitado el referente á alguna parte alícuota de una cosa común.

Cuando el Código estima (art. 403) con derecho á intervenir, si bien con ciertas condiciones, á los acreedores de los partícipes, no ha de ser menos respetable el derecho de todo el que tenga derecho real, por más que, en rigor, según el Código, no parezca esta circunstancia suficiente garantía, tanto por su indicada confusión entre la propiedad y el dominio, como por la disposición del art. 490, que parece limitar á la administración y á la percepción de frutos ó intereses, y de consiguiente, no haciendo extensivos á la división de la cosa los derechos del usufructuario de parte de alguna cosa constituída en propiedad común.

Habría contradicción, ó por lo menos insuficiencia, en

la defensa de los derechos de propiedad, abandonando en estos casos á las conveniencias del condueño los intereses de aquellos que tienen algún otro derecho real sobre la parte de la cosa común correspondiente á su condominio. Alguna distinción ha de haber entre el condueño de dominio pleno y el que lo sea solamente de dominio limitado. Si aquél puede ejercitar libremente respecto á su parte alícuota las facultades que asisten al copropietario ó partícipe, el de dominio limitado ha de ejercitar sus derechos sin perjuicio de los que también los tengan de naturaleza real sobre la misma parte que viene á ser en la cosa la pertenencia de todos. La armonía necesaria en este último caso para cuanto puede afectar á la integridad ó determinación de la cosa ó de la parte á que se contraen los distintos derechos reales de sus diversos propietarios, exige regla jurídica que no aparece en el Código ni aun entre comuneros, cuyo régimen especial, prevenido en el art. 398, es referente sólo, según expresa, á la administración y mejor disfrute de la cosa, esto es, á los actos que no han de alterarla, sino sólo utilizarla con arreglo al estado que ya tenga.

Por esto he considerado indispensable señalar en el Proyecto la manera de atender, al tratar de la división de la cosa, á las distintas situaciones que puede presentar la concurrencia de derechos de propiedad sobre la misma, ya tengan por base la identidad y su consiguiente comunidad, ya la variedad y, por tanto, singularización del respectivo derecho real de cada copropietario. Las referidas disposiciones de dicho art. 1.272 del Proyecto, y muy especialmente los párrafos 3.° y 6.°, atienden á esta necesidad de concretar cuál sea la persona en quien radique, para los efectos de la división ú operaciones de la misma que le hubiesen confiado los demás interesados, la representación de éstos, ó por mejor decir, el interés correspondiente á la parte alícuota perteneciente á los mis-

mos. Cierto que exige su consentimiento unánime; pero precisamente he considerado oportuno adoptar este requisito para evitar dudas ó cuestiones acerca de quién reuniese condiciones de preferencia; pues no es cosa de autorizar para que se dilate ó dificulte la división en perjuicio de los partícipes de las demás partes alícuotas á causa de cuestiones surgidas entre los interesados en alguna de ellas, ni tampoco de limitar el derecho exclusivo ó particular de cada uno para hacer dicha designación, mientras no haya de seguirse daño de consideración, y menos irreparable, por la referida circunstancia de ser indispensable el consentimiento unánime.

Expuesto queda con ocasión del art. 1.267 del Proyecto que la mayoría ha de ser absoluta para que sea legítima• De esta suerte la mayor ó menor concurrencia de los partícipes para la adopción de acuerdos, no ha de alterar las condiciones indispensables para que sean eficaces; y es claro, de consiguiente, que como la falta de aquella unanimidad sólo podría conducir á que por la no concurrencia de la representación de la parte alícuota respectiva no se consiguiese reunir la mayoría necesaria para adoptar acuerdos válidos, ningún peligro de importancia se seguiría de semejante situación desde el momento que el mismo artículo establece (párrafo 5.º) la facultad en tal caso de acudir en justicia cualquier interesado en la cosa, y la de que (párrafo 6.º) también libremente pueda hacerlo el que sólo sea interesado en alguna parte de la misma.

Ponderando de esta manera los distintos intereses que podrían hallarse en contraposición con motivo de la concurrencia de derechos diferentes en asunto tan delicado como el de la división de la cosa en que se cifra la utilidad correspondiente al derecho de propiedad de cada uno, entiendo que ni es preciso limitar á formas determinadas la práctica de la división que puede por lo mismo quedar como asunto libre para los partícipes, tanto en comunidad

como sin ella, ni mucho menos aventurarse en los peligros de la negativa ó exclusión del derecho de hacer valer ante los tribunales de justicia las reclamaciones necesarias para definir ó restablecer, mediante su intervención, el estado jurídico que corresponda, no obstante las desavenencias ó cuestiones que se susciten entre los interesados en alguna cosa ó derecho.

El último párrafo del art. 1.272, si bien á primera vista equivale al último también del art. 402 del Código, es sin embargo más explícito, no dejando la menor duda respecto á la posibilidad de provocar la división en forma judicial, aun cuando sea distinta de la correspondiente á árbitros ó amigables componedores, así como del carácter judicial que han de tener estas dos últimas formas y de la necesidad de que igualmente en las demás se observe dicha prevención equitativa que el mismo Código ha estimado conveniente consignar para que el ejercicio del derecho de pedir y practicar la división no resulte ó se convierta en sacrificio de importancia capaz de inutilizarlo.

Artículo 403.—Interesante es también la distinción que se observa entre la doctrina establecida por el art. 403 del Código y el contenido del art. 1.273 del Proyecto. Así como éste se concreta al derecho de todo acreedor á quien no asista derecho real sobre la cosa de cuya división se trate y no pueda de consiguiente hacer uso de facultades especiales con arreglo á los artículos anteriores, el Código se refiere en el mencionado artículo á los acreedores ó á los cesionarios de los partícipes indistintamente y aun sin hacer, respecto de aquéllos, diferencia alguna en atención á la diversidad de sus derechos. Ni he considerado conveniente, y mucho menos necesario, equiparar, á semejanza del Código, á acreedores y cesionarios cuando al fin éstos por la cesión, si es perfecta, han de resultar adquirentes de la cosa ó participación sobre la misma y de consiguiente asistidos de algún derecho de propiedad, amparado,

respecto á la división, por los artículos precedentes; ni he creído indispensable ni prudente facultar á los meros acreedores de alguno ó varios partícipes, para intervenir en la división de la cosa común y para formalizar oposición, que no sea precisamente motivada por procederse ó haberse procedido en fraude de su respectivo derecho.

Cosa siempre delicada, por no decir incorrecta, es autorizar la intervención en actos jurídicos á personas que ó no tengan interés en las cosas ú objetos que los motivan, ó su interés sea solamente indirecto ó relativo á todas ó alguna de las personas á quienes aquellos pertenezcan. La falta de interés verdadero ó del carácter común que pueda servir de base á la concordia indispensable entre los distintos partícipes, constituiría un peligro contra el libre ejercicio de los derechos que á éstos correspondan, exponiéndoles á litigios injustificados ó enteramente ajenos á los actos ó relaciones en cuya virtud se hubiese determinado la concurrencia de análogos ó distintos derechos de propiedad sobre las cosas de que se trate.

Autorizar la intervención de los meros acreedores en la determinación de los derechos de propiedad como consecuencia de la división de la cosa, equivaldría á ir más allá de lo que el mismo Código ha creído que debia permitir relativamente á la rescisión de los contratos que, según el núm. 3.° del art. 1.291, sólo les es permitido cuando sean celebrados en fraude de los mismos y aun con la condición de que no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba.

Natural es que el derecho se prevenga contra el fraude; pero no lo es menos que cuando éste no exista, se niegue á toda persona que no tenga interés en la cosa ni tenga por consiguiente derecho alguno sobre la misma, la posibilidad de impedir, por la oposición que formule, que los verdaderos propietarios ejerciten su derecho y puedan por tanto realizar la división de la cosa sin más límite, res-

pecto á aquéllos que en ella no están interesados, que el de no ejecutar acto alguno fraudulento contra ellos.

No puedo desconocer, que aunque á primera vista pueda creerse que el Código se contiene en estos límites, al disponer por dicho art. 403 que los acreedores ó cesionarios no podrán impugnar la división consumada, excepto en caso de fraude ó en el de haberse verificado no obstante la oposición formalmente interpuesta para impedirla, es lo cierto, que ni esto constituye por sí sólo una garantía contra la posibilidad de impedir ó dificultar la división por una oposición temeraria, toda vez que el mismo artículo reconoce á los acreedores la facultad de concurrir á la división, y aun podría decirse la necesidad de que intervengan cuando les autoriza para oponerse á la que se verifica sin su concurso; ni mucho menos una garantía contra toda oposición por causas distintas del fraude, al observarse que aun la división consumada puede ser impugnada cuando se haya realizado no obstante la oposición interpuesta, esto sin exigir causa alguna determinada para poderla formalizar.

La acción de los acreedores contra la división es verdaderamente lata, según el Código. Su derecho á intervenir, la necesidad de contar con ellos, la posibilidad de alterar la división consumada; en una palabra, su relación constante y activa con los propietarios ó partícipes, no depende, según el Código, de circunstancia alguna motivada por una necesidad social, como es la de evitar el fraude en las relaciones jurídicas, sino que es resultado únicamente de la mera condición de acreedor, que si responde á una causa legítima relativamente al deudor en la esfera de sus acciones personales, no reconoce por fundamento causa alguna respecto á los propietarios, y por tanto, en la esfera de las acciones reales.

¿Cómo se comprende que como efecto de la acción personal que pueda asistir al acreedor contra el deudor, se

reconozca á aquél una especie de derecho real que le ponga en condiciones de intervenir el ejercicio del derecho de los demás propietarios sin traba, embargo ni secuestro acordado judicialmente contra los bienes del deudor, en virtud de causas derivadas del título en que descanse su crédito?

Cualquiera que sea el punto de vista bajo el que se considere esta acción de los acreedores reconocida en el art. 403 del Código, no puede menos de ser considerada como una extensión de facultades que, en todo lo que no sea contrarrestar el dolo ó fraude, no tienen ni pueden tener verdadero fundamento jurídico; por lo cual he creído que, después de lo establecido en los artículos anteriores para dejar á salvo el derecho del acreedor que á su vez reuna la condición de propietario en virtud de algún derecho real que le asista sobre la cosa de cuya división se trate, es preciso marcar claramente si este fué el propósito del Código, ó rectificarlo en otro caso, bajo el criterio de que el acreedor no asistido de derecho real no ha de tener en la división de las cosas de su deudor más facultad que la de ponerse á cubierto del fraude que pudiera cometerse en la división de aquéllas, que es, después de todo, la única intervención que en los actos de su deudor podría asistirle para defender su derecho mediante la rescisión de los mismos.

Otra modificación á mi juicio necesaria era señalar en este punto las condiciones del fraude que pudiera autorizar la acción del acreedor de alguno de los partícipes.

No he creído indispensable establecer como en la rescisión (dicho núm. 3.° del art. 1.291 del Código) la especie de excusión que resulta al exigir que el acreedor defraudado no pueda de otro modo cobrar lo que se le deba. Lo esencial es evitar que con ocasión de un acto de derecho se realice una defraudación poniendo el derecho su autoridad al servicio de la misma.

Pero por lo mismo que este principio había de amparar á todo acreedor, cualquiera que fuese su título, era indispensable salvar ante todo la buena fe de los propietarios que intentaran realizar ó hubiesen realizado la división. Así he exigido (dicho art. 1.273 del Proyecto) que la condición del fraude sea de tal modo inherente al acto de la división impugnada, que en él resulten comprometidos todos los que en la división intervengan; pues no es cosa de que, por la cooperación fraudulenta del deudor ó la confabulación de éste con alguno ó varios de los partícipes, pueda alterarse la división legítimamente practicada con buena fe por los demás propietarios, y mucho menos, cuando al fin el acreedor podrá siempre, persiguiendo el fraude ó dolo, con independencia de la división de la cosa, reclamar indemnización del perjuicio sufrido á los que en dicha división hayan procedido fraudulentamente.

Ni una palabra añadiría á lo expuesto si no se observara que el Código, en dicho art. 403, equipara, al parecer, al acreedor y al cesionario del partícipe.

¿A qué hablar del cesionario, si la cesión, cuando es perfecta, de igual modo que la venta, convierte al cesionario en partícipe? ¿Se referirá quizás el Código á los cesionarios que no hayan formalizado la cesión?

No creo que este haya sido el criterio del legislador; porque entonces más que de un verdadero cesionario, se trataría tan sólo del que únicamente tuviese á su favor un compromiso de cesión, tanto más limitado, según el Código, cuanto por los términos de su art. 1.451 parece reducirse la eficacia de la promesa, respecto á la realización ó consumación del acto jurídico á que se refiere, á los contratos de compraventa, y aun sin otro alcance que para la reclamación recíproca entre los contratantes y con carácter esencialmente personal, como el relativo al cumplimiento del contrato.

Esta simple observación y la anteriormente indicada

acerca de la redundancia del derecho reconocido á los cesionarios, que en realidad deberían tener el de verdaderos partícipes, me ha inducido á creer que quizás dicha designación del Código haría tan sólo referencia á aquellos cesionarios cuyo título consistiese en el pago por cesión de bienes, cuando ésta se realice mediante convenios especiales entre el deudor y sus acreedores; toda vez que, según el art. 1.175 del Código, dichos convenios han de ajustarse á las disposiciones del tít. 17, que trata de la concurrencia y prelación de créditos, y á lo establecido en la ley de Enjuiciamiento civil, con lo cual resultan los cesionarios en cierto modo mantenidos en la condición de acreedores del deudor, y éste sostenido también en la de propietario, aunque con las limitaciones que respecto á la disposición y aprovechamiento de sus bienes puedan derivar del convenio celebrado.

De no haber sido este el criterio del Código, no comprendo ciertamente con qué objeto trató de los cesionarios al hablar de los acreedores, cuando al fin, respecto de la cosa ó derecho de propiedad cedido, el cesionario se convierte en partícipe ó adquirente de la misma.

Sólo la cesión imperfecta ó condicionada por cláusulas ó pactos especiales relativamente á sus efectos, es la que podría explicar la referencia del Código; por más que, en el fondo, desde el momento en que, conforme se hace en el Proyecto, se concrete el derecho del acreedor según tenga ó no derecho real sobre la cosa que se intente dividir, no tiene tampoco verdadero objeto hablar de los cesionarios de los partícipes al hacerlo de los acreedores de éstos, para lo que pueda interesar á la impugnación de la división que se practique, toda vez que, cualesquiera que sean los efectos conocidos respecto á la cesión, ó servirán para limitar la libertad del deudor propietario inscribiendo aquélla en el Registro de la propiedad, á fin de que en la comunidad los cesionarios puedan obrar como partíci-

pes é invocar de consiguiente los derechos que á éstos corresponden, ó quedarán reducidos á meros derechos personales que, mientras la cesión no se ultima, mantendrán en los cesionarios el carácter de acreedores para hacer valer, caso necesario, los derechos que á éstos reconoce el mencionado artículo 1.273 del Proyecto.

Artículos 404 al 406.—Nada fundamental constituye la diferencia que se observa entre estos tres artículos y los del Proyecto señalados con los números 1.274 á 1.276.

Sus variantes se refieren más bien á la aclaración de los conceptos que contiene su redacción en el Código.

Así ocurre respecto al art. 404, que aunque su disposición resulta preceptiva sólo por la circunstancia de que la cosa sea esencialmente indivisible y los condueños no convengan en que se adjudique á uno de ellos indemnizando á los demás, es lo cierto que, aparte de tales notas, lo verdaderamente indispensable para la aplicación del precepto consiste en que algún propietario reclame contra la continuación de la comunidad.

A buen seguro que los redactores del Código no olvidaron esta última exigencia; la dieron indudablemente por supuesta como hipótesis ó motivo del artículo. Pero como esto no tiene otra expresión que el orden en que resulta colocado dicho precepto legal, y ya es sabido que no siempre ese orden aparece en el Código enteramente ajustado á las condiciones que del mismo pudieran deducirse para determinar los efectos de sus disposiciones, entiendo que es necesario establecer expresamente la referida exigencia como complemento de las notas indispensables para la aplicación de la doctrina que persigue dicho artículo del Código, si no ha de darse ocasión á que aparezca que sólo por ser una cosa esencialmente indivisible estén precisados los copropietarios ó condueños á provocar el término de la comunidad, ya mediante convenio entre los mismos, si al fin se ponen de acuerdo para la adjudicación

á que se refiere el artículo, ó ya mediante la enajenación que asimismo preceptúa.

Cosa análoga, aunque por motivo diferente, ocurre respecto al art. 405 del Código (1.275 del Proyecto).

Su última parte, declarando que conservarán igualmente su fuerza, no obstante la división, los derechos personales que pertenezcan á un tercero contra la comunidad, podría prestarse fácilmente á la inteligencia de que ésta deba continuar subsistiendo aun después de practicada la división de la cosa común; es decir, cuando haya desaparecido la causa de que dependía la existencia de la comunidad. Es más, pues en realidad los derechos personales que correspondan á un tercero con motivo de hechos realizados en interés de la comunidad, ó que con ocasión de ella originen responsabilidad en sus partícipes, no pueden ser calificados de derechos personales contra la comunidad, porque esto equivaldría á dar á entender que la comunidad tiene personalidad propia, y por tanto independiente de sus copartícipes, cual si surgiera entre éstos una verdadera personalidad social y no simplemente una reunión de intereses que cada uno defiende con su personalidad respectiva, sin que ni sea preciso definir la clase de responsabilidad que lleva consigo la existencia de la comunidad, como es indispensable siempre que se trate de constituir una personalidad colectiva, ni quepa prescindir de la responsabilidad particular de todo partícipe cuando en interés de todos, mediante la comunidad de que forman parte, se origina un derecho en favor de algún tercero.

Estos derechos, aun revistiendo carácter meramente personal, ya exista la comunidad ó ya se haya extinguido por la división de la cosa común, han de recaer necesariamente contra sus interesados ó copartícipes, bien sea circunscribiéndose la responsabilidad entre algunos, ó bien extendiéndose á todos, según la forma en que el interés

de la comunidad se haya determinado en el hecho originario del derecho personal de que se trate; y por lo mismo, he considerado que se está en el caso de hacer, respecto á la última parte del art. 405 del Código, la modificación que aparece en el 1.275 del Proyecto, para que ni quepa suponer que la comunidad subsiste una vez practicada la división de la cosa común, ni que contra ella, separadamente de sus partícipes, pueda tener realidad jurídica derecho alguno establecido en favor de otra persona.

TÍTULO IV

De algunas propiedades especiales.

La denominación de este título en el Código civil guarda, como se ve, íntima relación en cuanto al concepto general de la materia que comprende, con la que es asunto de la sección 3.ª, cap. 2.º, tít. 1.º, lib. 3.º del Proyecto que acompaño, en que se trata de la clasificación de la propiedad por razón de la especialidad de su objeto.

Hay, sin embargo, en esta relación del Código con el Proyecto, una circunstancia acerca de la cual es necesario fijar la atención; porque así como en el Código se habla de propiedades especiales, sin haber señalado al hacer la clasificación de los bienes algunos, especiales también, que por sus condiciones exigieran reglas particulares, á diferencia de la generalidad de las que sirven para las demás clases de bienes; en una palabra, que el derecho de propiedad acerca de tales objetos fuera especial ó privativo de dichos bienes diferenciales, en el Proyecto, por el contrario, la especialidad, que en materia de propiedad constituye el asunto de que se ocupa la referida sección 3.ª, corresponde exactamente á la variedad que en la clasificación de los bienes presentan, á distinción de los

demás objetos de derecho, los que son materia particular de dichas propiedades especiales.

No surge en el Código la propiedad especial como una necesidad lógicamente derivada del objeto sobre que versa, sino como una cosa al capricho ó arbitraria, cual si se hubiera creído el legislador en el caso de establecer un régimen de propiedad especial para ciertos objetos (aguas, minas y productos de la inteligencia), á diferencia de todas las demás cosas regidas por las reglas ordenadoras del derecho de propiedad en general, pero sin decirnos antes que hay algunos objetos que por su especial naturaleza demandan reglas especiales para su apropiación.

En el Proyecto, por el contrario, la especialidad en el régimen de la propiedad, como lo expresa el mismo epígrafe de la sección 3.ª, depende de la necesidad derivada de su objeto, y es, por tanto, aplicable únicamente en las condiciones con que todos ellos (aguas, minas y productos de la inteligencia) se caracterizan como tales objetos ó bienes en las clasificaciones que al efecto comprenden las partes 3.ª, 4.ª y 5.ª de la subsección 1.ª, sección 1.ª del capítulo 1.°, título preliminar del lib. 3.°

De todas suertes, aunque el Código no guarde esta justa correspondencia entre la clasificación de los bienes y las formas de su apropiación, ó sea el derecho de propiedad, no deja, sin embargo, como decía, de reconocer, no obstante la falta de lógica anteriormente indicada entre la clasificación de los bienes y su apropiación según el mismo Código, la necesidad á que obedece el contenido de la referida sección 3.ª del Proyecto, en que se trata de la propiedad de las aguas y de las minas y de la propiedad intelectual.

Bastaría esta sola circunstancia para que pudiera excusar en este lugar toda indicación acerca de la necesidad de semejante sección.

Pero como al fin el Proyecto no se limita, como el Código, á establecer ciertos principios generales acerca de estas propiedades de carácter especial para distribuir su materia entre el título que á ellas dedica y otros varios que al efecto comprende en otras instituciones, por ejemplo, en las servidumbres, y todo para remitirse en estos distintos puntos del mismo Código, donde directamente ó por incidencia se ocupa de la materia de dichas propiedades especiales, á las leyes especiales también dictadas anteriormente y que declara subsistentes; como el Proyecto, en una palabra, incorpora estas últimas al nuevo cuerpo legal en todo lo que á la propiedad se refiere, á fin de dar unidad á esta materia, lo mismo en lo que podíamos llamar su parte principal que en la complementaria, por el régimen general del derecho de propiedad, que es asunto de cuanto precede á dicha sección 3.ª en el contenido del tít. 1.° del lib. 3.°, no estará de más que hagamos algunas indicaciones sobre el motivo de circunscribir la propiedad especial á las aguas, minas y á cuanto á título de obras científicas, literarias ó artísticas, ó inventos industriales forma el contenido de la propiedad intelectual.

Hoy por hoy, y mientras el conocimiento de las ciencias naturales no ponga al alcance de las ciencias jurídicas nuevos objetos que por sus condiciones no sean susceptibles de ser exclusivamente apropiados mediante las formas de la propiedad en general, puede decirse que el régimen de excepción que importa en el fondo la propiedad especial ha de concretarse únicamente á las aguas, las minas y cuanto como producto de la inteligencia es objeto, según decía, de lo que constituye la materia de la propiedad intelectual.

Cabe afirmar en este punto, que en todos estos objetos de derecho ocurre precisamente una cosa diametralmente distinta á lo que pasa con los que son conocidos con el nombre de efectos al portador.

Son también éstos bienes especiales, calificados, por tanto, á distinción de los demás, en la clasificación general que comprende la sección 1.ª del cap. 1.º del título preliminar.

Es más; puede añadirse que no sólo son bienes á distinción de los demás, pues al fin esta circunstancia concurre igualmente en los *actos* de que trata la sección 2.ª del referido cap. 1.º de dicho título preliminar, sino que además *de bienes* especiales, son *cosas* especiales que en su comparación con las restantes, señaladamente con las aguas, las minas y la materia de la propiedad intelectaul, implican, como decía, un fenómeno enteramente distinto, que consiste en que, así como estos objetos de derecho dan origen ó requieren para su movimiento en la vida social formas de apropiación especiales y constituyen, por tanto, propiedades especiales también, los títulos al portador, por el contrario, reclaman como nota característica de su apropiabilidad en el derecho, no formas de apropiación distinta, no una modalidad especial en el derecho de propiedad, sino sólo una modalidad especial en el derecho de relaciones, esto es, relaciones distintas de las que en general son necesarias para el movimiento ó la vida jurídica de los demás objetos del derecho.

Las aguas, las minas y los productos de la inteligencia son, pues, según la clasificación general de bienes contenida en el título preliminar, los objetos en que concurren circunstancias cuya utilización requiere formas de apropiación acomodadas á su peculiar naturaleza, y que por lo mismo han de originar una especialidad en el derecho de propiedad.

No carecen ciertamente de lo que podríamos llamar nota común de las demás cosas, ya en razón de su corporalidad, ya en atención á la división general, casi única, en que el Código circunscribe la consideración de los objetos en el derecho, á saber: los bienes muebles y los bienes inmuebles.

Debe notarse, sin embargo, que si esta circunstancia es visible, así en las aguas como en las minas, á causa de la materialidad de su substancia, no se manifiesta de igual modo en los productos de la inteligencia y esencialmente inmateriales, pero que requieren, como ya he indicado en su lugar oportuno, una determinación formal ó exteriorización, sin cuyo elemento no podrían conseguir en la vida jurídica verdadera estimación, toda vez que carecerían de las condiciones especiales para que su utilidad pudiera ser libremente aprovechada en la vida social.

Mas ya hice notar también antes de ahora, cuando me ocupaba de las obras científicas, literarias y artísticas, al tratar de la clasificación de las cosas, que aunque la exteriorización de los productos de la inteligencia toma también cuerpo en formas varias, como libros, folletos, periódicos, etc., etc., no puede confundirse con la materialidad de los ejemplares subordinados á las condiciones de las cosas corporales, muebles ó inmuebles, según su naturaleza y circunstancias de los mismos, la unidad de la forma de expresión que como base común á todos ellos es inherente á la manifestación del producto intelectual que caracteriza la verdadera utilidad, para cuyo aprovechamiento es el ejemplar puro *medio* de realización.

En ninguno de los objetos especiales de la propiedad se ofrece quizás, como en la propiedad intelectual, la necesidad de reglas jurídicas distintas de las que en general presiden á las demás formas de apropiación.

Entre el germen, por decirlo así, esencialmente inmaterial, y su valor jurídico resultante de la exteriorización, muéstrase un proceso generador de este objeto de propiedad, que no sólo no puede calificarse de mueble ó inmueble, á no admitir una existencia discrecional análoga en su estimación al criterio que preside en el art. 335 del Código, en que por modo negativo designa como bienes muebles todos los no calificados legalmente de inmuebles,

sino que ni aun pueden admitir en rigor la calificación de bienes corporales, á pesar de la forma indispensable de exteriorización, siempre que, como indicaba, no deba confundirse el *medio* de aprovechamiento con la forma susceptible de su reproducción.

Pero aun cuando no sea tan visible en las aguas y en las minas la referida circunstancia que demanda derecho especial de propiedad para el régimen de unas y otras en el mero concepto de elementos útiles dentro del orden del derecho; por más que, en una palabra, no reunan las aguas y las minas un origen esencialmente inmaterial y broten, por decirlo así, como productos espontáneos de la naturaleza en forma material, no es posible dejar de reconocer que el elemento corpóreo en que integra su respectiva utilidad es por todo extremo distinto del que la caracteriza en los demás bienes, como dependiente, si no más, al menos tanto como su substancia, de las formas bajo las cuales se ofrece su manifestación.

Hay en este punto cierto orden de enlace ó relación con lo que ocurre con la propiedad intelectual. Aunque substancialmente distintos los productos de la inteligencia, las aguas y las minas, como esencialmente inmateriales los primeros y materiales los segundos, al fin, lo mismo en unos que en otros, su valor jurídico, ó lo que podríamos llamar su utilidad social, depende de las formas que revisten al aparecer en la vida, por la exteriorización en los productos de la inteligencia, por el alumbramiento ó condensacion en las aguas ó por el reconocimiento ó extracción en las minas.

Por esto en las aguas es siempre indispensable tener presente las distintas formas en que precisa estimarlas, según se las considera en sí mismas, en su masa, caudal ó corriente, ó en su origen ó manantial; y del mismo modo en las minas, en que, por la circunstancia de resultar su materia como incrustada, por decirlo así, en la masa te-

rrestre, formando parte del suelo ó del subsuelo, ha de ser necesariamente difícil distinguir hasta qué punto la referida incrustación de las substancias minerales es ó no inherente á la superficie ó fondo de la tierra, ya se las estime como simples yacimientos, ya como verdaderos gérmenes ó criaderos y alimentados por ésta, se comprenderá desde luego que para trazar en semejantes circunstancias el orden de utilización ó aprovechamiento; en una palabra, el régimen de la libertad para esta operación indispensable á todo elemento útil, es forzoso dictar ó establecer reglas especiales, siquiera para el deslinde de lo que debe constituir la materia de la propiedad en el suelo ó en el subsuelo, así como para fijar si en la mina ha de prevalecer el criterio de la unidad de la masa, independientemente de su origen, ó tan sólo el de la variedad de la substancia mineral por su separación posible de la tierra en que se encuentre empotrada.

En este punto, ya he hecho notar en otro lugar que el Código civil no se ha decidido por un criterio determinado en lo que á las minas se refiere. No es extraño, cuando la ciencia en esta materia no ha podido ilustrar bastante al legislador; pero no deja tampoco de resultar impropio, para la precisión indispensable en todo cuerpo legal, que si al fin se decidía, como se ha decidido, á admitir la unidad de la mina en la clasificación de los inmuebles, entre otros artículos en el núm. 8.° del 334 y en el 2.° del 339, haya prescindido de semejante concepto para acogerse á la variedad propia de los minerales ó substancias minerales, cuando, á diferencia de la clasificación de los bienes, se ocupa de la clasificación de la propiedad, al tratar de la especial minera en el capítulo 2.° de dicho título 4.°, de que me estoy ocupando; capítulo que califica con el nombre "de los minerales", en lugar de hacerlo como correspondía, según la clasificación de los bienes, designando dicho capítulo con el nombre "de la propiedad de

las minas", ya que el concepto de éstas, y no propiamente el concepto de los minerales, es el que sirve de base para la designación de esta clase de objetos de derecho reconocida en el Código.

No importa que las ciencias naturales no hayan podido todavía sustentar un criterio definitivo en este importante problema. Para el interés del legislador bastaba con la consecuencia y la lógica en el empleo de los conceptos con que diera á conocer esta materia; pues nada hay más contrario á la verdadera virtualidad de las leyes que la pluralidad del tecnicismo, con lo cual se suplanta en cierto modo el efecto necesario de la ley con el efecto arbitrario ó caprichoso derivado de la incertidumbre, la duda ó inseguridad de parte del legislador de quien la disposición ó el precepto emana.

No había, por lo mismo, de seguir yo en este punto ese eclecticismo del Código; y aunque no podía tampoco atreverme á decidir en el orden jurídico lo que éste propiamente debe recoger como decidido ya en estas materias por las ciencias naturales, he creído, no obstante, que debía considerar dos cosas, á saber: primera, que la variedad de las substancias minerales no es opuesta á la unidad de masa que representa la mina, sino correlativa á la variedad de minas á que puedan dar lugar la diversidad de substancias; y segunda, que la variedad de las substancias minerales, prescindiendo de su materia ó su esencia, para atender tan sólo á la diversidad de formas con que puede presentarse su materia respectiva, es más bien resultado de la divisibilidad de que son susceptibles las materias inorgánicas, divisibilidad que al fin viene á ser una condición propiamente secundaria, de interés principalmente para las operaciones de extracción ó arranque de los llamados minerales, pero siempre independiente del orden ó régimen de su estado en los yacimientos ó criaderos, en los cuales debe atenderse ante todo á la masa ó unidad

de materia, que es la que realmente predomina en la situación de todos ellos en el fondo de la tierra.

Por esto he considerado que, del mismo modo que en la clasificación de bienes debían señalarse estos objetos especiales por la unidad de la masa ó mina, de igual manera el derecho de propiedad debía ser informado en este mismo criterio; y esto con tanto mayor motivo, cuanto que puede decirse que en el fondo el Código viene á hacer lo mismo, remitiéndose á la ley especial de Minas ó minería, como la llama, por más que, sin duda á causa de lo anteriormente indicado, haya empleado como epígrafe del capítulo que trata de esta materia la expresión "de los minerales", expresión más apropiada para dar á conocer las clases de bienes á que éstos corresponden, es decir, para formar parte de la clasificación de los bienes, que para calificar las formas de su apropiación ó regular la propiedad de los mismos.

CAPÍTULO I

De las aguas.

También este capítulo tiene, como es natural, su correspondiente lugar en el Proyecto que acompaño, pudiendo decirse (aunque atendiendo, más bien que á su enunciado, á su desarrollo) que es el asunto á que se refiere la subsección 1.ª, que trata de la propiedad de las aguas, en la sección 3.ª anteriormente mencionada.

Debo observar, no obstante, á semejanza de lo que acabo de expresar respecto á los llamados minerales, la impropiedad que resulta acerca de este punto en los epígrafes del Código.

Designar como aguas la parte destinada á tratar de la propiedad de las mismas es, según indicaba, confundir ó aceptar, cual si fueran una misma cosa, el objeto ó mate-

ria de la propiedad con las formas de su apropiación, esto es, tomar por sinónima la clasificación de los bienes y el derecho de propiedad.

Sabido es, en este punto, la completa separación con que traza el Proyecto que acompaño cada una de estas materias, reservando para el título preliminar todo lo referente á la clasificación de los objetos de derecho, base del desarrollo sucesivo del mismo libro 3.°, y dejando para el título 1.° el regimen de la propiedad ó desenvolvimiento de las formas jurídicas relativas al aprovechamiento ó utilización de las cosas.

Por falta de esta natural y lógica ordenación del asunto, cualquiera creería, al leer el epígrafe de dicho capítulo 1.°, á saber: "De las aguas," que lo que el Código iba á desarrollar era su calificación legal y especies ó formas de manifestación, esto es, la materia á que se refieren los artículos 1.110 y siguientes hasta el 1.120 del Proyecto (parte 3.ª de la subsección 1.ª de la sección 1.ª, capítulo 1.°, título preliminar del libro 3.°), y no los modos ó maneras de verificar su apropiación y su aprovechamiento, que es, no sólo lo peculiar del derecho de propiedad, sino lo que en realidad, como no podía menos de suceder, desenvuelve ó presenta el Código en el citado capítulo.

He de observar, además de esta impropiedad de concepto, que hay también deficiencia en el Código respecto á su contenido.

No hablo de la circunstancia, anteriormente referida, de haber incluído tan sólo en dicho cuerpo legal algunas que podríamos llamar doctrinas generales comprendidas ya en las leyes especiales de Aguas, para dejar su aplicación ó desenvolvimiento preceptivo al contenido peculiar de aquellas leyes, declarando su vigencia por uno de los artículos del mismo cuerpo legal.

No es mi ánimo en este momento, aunque lo aplace para cuando me ocupe de semejante artículo de referencia,

considerar la conveniencia que haya podido descubrir el legislador para introducir en el derecho positivo semejante fraccionamiento en el régimen de esta importantísima materia.

Mi propósito, por ahora, se limita tan sólo á hacer presente la deficiencia que resulta por haberse limitado el contenido de este capítulo á la propiedad de las aguas terrestres, sin incluir, ni aun en la expresada forma en que se ocupa de éstas, ni por referencia siquiera, declarando vigente por alguno de sus artículos la ley de Aguas marítimas, nada de cuanto acerca de la propiedad de estas últimas establece su ley respectiva, conocida también con el nombre de ley de Puertos; circunstancia tanto más notoria cuanto que, según los artículos 338 y 339 del mismo Código, lejos de resultar excluídos son, por el contrario, incluídos ó considerados en esta esfera del derecho (el civil), entre los bienes de dominio público los ríos, sin distinción en navegables ó no, los puertos, las playas, radas y otros bienes análogos, que son precisamente aquellos en consideración á los cuales es forzoso tratar de las aguas marítimas, además de las concesiones precarias ó condicionales que pueden servir de base para la constitución de la propiedad ó de otros derechos particulares en las riberas del mar.

Téngase presente á este propósito que en la ley de Aguas marítimas, conocida, según queda dicho, con el nombre de ley de Puertos, se califican con esta designación los ríos navegables en la extensión en que lo sean (art. 1.°, párrafo 2.° de su núm. 1.°, y artículos 3.° y 14), se trata de las playas y de las accesiones y servidumbres de los terrenos contiguos á las mismas y al mar litoral ó mares adyacentes á las costas, á los cuales el mismo Código se refiere en su art. 371; puntos todos acerca de los cuales resulta afectada, aunque sea sólo con carácter limitativo, la propiedad privada, cuyas relaciones sobre

estos particulares vendrían á mostrarse enteramente ajenas á la legislación civil que está llamada á desenvolver el Código, desde el momento que éste, en sus referencias á la ley especial de Aguas, hubiera de entenderse ceñido á las llamadas terrestres (13 de Junio del 79), excluyendo al parecer la de las aguas del mar y de sus puertos. ¿Es que el Código civil, al referirse á la ley especial de Aguas, no lo hace meramente al cuerpo legal determinado con este nombre, sino á toda la legislación de aguas, ya se trate de las marítimas, ya de las terrestres?

No se olvide que las aguas, como objeto especial para el derecho, más que por su substancia ó sus condiciones naturales (á diferencia de las minas), son consideradas en razón de las formas bajo las cuales se presentan y de la situación que tienen, señaladamente en lo relativo á las marítimas y á las subterráneas.

Su clasificación había de obedecer necesariamente á semejantes circunstancias. A ellas responde la división entre marítimas y terrestres, y éstas en superficiales y subterráneas, que se observa en el art. 1.110 del Proyecto, pudiendo decirse por esto que cada uno de dichos tres términos representa para el derecho un interés enteramente distinto, cual es: por parte de las marítimas, el de señalar las tierras ó fajas de terreno á que se extiende la calificación de playas, riberas ó márgenes de dominio público y la determinación del límite en que el uso público es posible, y en que, en forma de servidumbre, han de resolverse las relaciones con los terrenos ó propiedades contiguos; en las terrestres subterráneas, fijar todo lo referente al alumbramiento de aguas mediante labores que, tanto por razón de los predios en que han de realizarse, como por la facultad para emprenderlas, y aun por las formas que deben revestir (parte esencialmente administrativa), caen de un modo absoluto las más veces y meramente relativo en otras, bajo las leyes referentes

á minas; y en las terrestres superficiales precisar y unificar en su aprovechamiento, mediante las distintas formas que revisten las aguas en su curso y situación, la utilidad de las mismas con independencia de su origen fluvial, superficiario ó subterráneo.

Esta diversidad, que el mismo Código reconoce ya hablando de las aguas vivas ó estancadas (núm. 8.° del artículo 334), ya de los ríos en general (entre otros artículos el 339, 370, 407, etc.), ya de las aguas pluviales, así como de los arroyos é igualmente de los lagos y lagunas (artículos 407, 408, etc.), ya refiriéndose también á los ríos en su especialidad de los navegables, los flotables y los que no reunen ni una ni otra circunstancia, hacía indispensable la calificación de todas estas corrientes, dependiendo, como depende de su calificación jurídica el valor ó los efectos que hayan de producir las disposiciones que tratan de las mismas, así en cuanto á las aguas que discurren como respecto á los terrenos que bañan, ó á las márgenes que los limiten, ó á las servidumbres que por su uso ó por su aprovechamiento se originan.

Aunque todos estos puntos han de constituir materia referente á la propiedad de las aguas y á las servidumbres de aguas en la propiedad de las cosas en general, era necesario, antes de tratar de las formas bajo las cuales se determine la acción del derecho sobre esta materia natural (el agua), ó bien en razón de ella, trazar, como se ha hecho respecto á las demás clases de bienes, las disposiciones reguladoras del concepto de bienes peculiar á tales cosas, señalando á la vez sus distintas clases, que, aunque deriven de su forma de manifestación y situación respectivas, han de servir para expresar más adelante las formas de su apropiación.

Con este motivo hube ya de hacer notar también, al ocuparme de las aguas en la clasificación de los bienes, que la referida deficiencia del Código en este punto era

tanto más inexplicable si se tenía presente que, después de todo, no prescindía en absoluto de dichas aguas marítimas, las cuales, si en su régimen ó derecho de propiedad carecen de reglas en el nuevo cuerpo legal, reconoce éste no obstante, en algunos de sus artículos, á dichas aguas marítimas como objeto ó materia de derecho aun para el Código civil.

Parecía natural que, si el Código se proponía excluir del derecho civil todo lo relativo al derecho de propiedad de las aguas marítimas ó de las playas ó riberas y sus márgenes ó lugares más ó menos accesibles de las costas y terrenos contiguos á las mismas, hubiera procurado prescindir igualmente en absoluto de la inclusión de cualquiera de estos elementos en parte alguna de su articulado; toda vez que al incluirlos, como sucede, por ejemplo, según se ha indicado entre otras de sus disposiciones, en los artículos 339 y 371 del mismo Código, que hacen referencia á los puertos, playas, radas é islas que se formen en los mares adyacentes á las costas, no sólo viene á reconocerlos como objeto de interés para el derecho privado, sino que viene á hacer depender del concepto legal y sistema ó régimen de su apropiación y aprovechamiento, el valor jurídico de los citados artículos y demás del Código en que se haga mención de los expresados bienes.

No importa que dicho cuerpo legal lo haga con ocasión de fijar el deslinde entre los bienes de dominio público y los de propiedad privada. Al fin el concepto del dominio, su determinación y sus efectos, así como el valor jurídico que especialmente le corresponde en el orden del derecho de propiedad, es hoy, por decirlo así, asunto que el derecho civil ha recogido por entero, y que aun el mismo Código se ha visto en la necesidad de reconocerlo cuando, con ocasión del capítulo 3.° del título 1.° de su libro 2.°, ha creído indispensable fijar la clasificación de los bienes según su pertenencia ó personas á quienes corresponden;

sin que obste la circunstancia de que dicha pertenencia sea pública, siempre que sea susceptible de dominio, porque ni comprende en dicha clasificación todas las pertenencias públicas, ni deja de reunir en el expresado concepto de bienes de dominio público, tanto las que son materia de la ley referente á la propiedad de las aguas marítimas, como los ríos y torrentes, por ejemplo, que lo son de las aguas terrestres.

Si bajo la hipótesis de ser tan sólo materia de derecho civil, en asunto de aguas, lo relativo á las aguas terrestres, debía limitarse á éstas el objeto de dicha propiedad especial, habría sido completamente innecesario que el Código hiciese referencia en los citados artículos 339 y 371 á los puertos, radas, playas, islas, mares adyacentes y costas, cuya clasificación, en cuanto á la institución de su respectivo dominio, habría tenido su lugar oportuno fuera del Código, en la ley especial también destinada á tratar de esta materia.

Lo que no se explica lógicamente es que el Código excluya en las formas de apropiación, y por tanto en lo relativo al derecho de propiedad, las cosas que admite ó reconoce en los preceptos destinados á la clasificación de los bienes ó determinación de las cosas apropiables. Y como á mi juicio el régimen de la propiedad es asunto esencialmente de derecho privado, ya se trate del Estado, ya de los particulares y aun de las cosas que pueden corresponder al llamado dominio nacional, que, por lo menos en cuanto al uso público, son susceptibles de servir de base al interés particular de cuantos del mismo hagan uso, y que de todos modos corresponde presentar, siquiera como deslinde entre lo que pueda ser ó no objeto de propiedad privada y la determinación del régimen ó administración en general de la esencialmente pública; por esto, de igual manera que esa clasificación debida á la pertenencia de las cosas é independiente por tanto de la

que emana de la naturaleza y utilización de las mismas, es asunto del capítulo 2.° del título preliminar del libro 3.° del Proyecto, he considerado que debía incluir también en el título 1.° del mismo libro, referente al desarrollo del derecho de propiedad, no sólo las aguas terrestres, sino también las marítimas, en las cuales, así el dominio como el uso, la concesión y aun las servidumbres, requieren disposiciones análogas á las de las aguas terrestres y fundadas, salvo en lo peculiar á la especialidad de su objeto, en los principios que regulan la propiedad en general.

Las funciones de la Administración en el régimen de las aguas marítimas y objetos ó cosas á ellas referentes, no pueden ser obstáculo para su inclusión en el Código civil. De serlo, ocurriría lo mismo en lo relativo á las aguas terrestres; pues lo esencial en este asunto, como en todos los que al Derecho civil se refieren, consiste principalmente en que puedan dar origen á algún interés privado, aun cuando haya de singularizarse por concesión administrativa, y en que de esta suerte, ó para este efecto, el mismo Derecho civil respete y reconozca expresamente la función de la Administración pública sobre la base del Derecho de propiedad correspondiente á la entidad nacional á quien la Administración representa.

Aparte, sin embargo, de la referida inclusión como modo de dar unidad á toda la materia concerniente á la propiedad de las aguas, no es mi ánimo introducir novedades en el régimen ó desarrollo de semejante materia de la utilidad jurídica.

En cuanto á esto puede decirse que, en general, he acomodado la doctrina del Proyecto á la doctrina del Código.

Sólo en el sistema de exposición resulta propiamente la diferencia, por haber preferido el último que las leyes especiales, que desenvuelven las propiedades especiales, sirvan de complemento al mismo Código, remitiéndose al

contenido de aquéllas en los artículos, entre otros, 425, 427 y 429, por los cuales se mantiene la vigencia de la ley de Aguas, la de Minería y la de Propiedad intelectual, en lugar de comprender igualmente en el Código las disposiciones que contienen, señaladamente en todo lo que se refiere á los derechos de propiedad ó aprovechamiento de los objetos ó bienes que respectivamente regulan.

Por esto decía que en el fondo la doctrina del Código y la del Proyecto se conciertan perfectamente en cuanto al desarrollo de esta parte del derecho de propiedad, que si es directo por el Proyecto, es sólo indirecto ó de referencia según el Código, pero que, salva esta diferencia en el modo de exposición, viene á ser la misma, por regla general, la doctrina establecida.

No es esto decir que no haya estimado necesaria alguna innovación; pero como éstas son pocas y debidas principalmente á las modificaciones indispensables que el tiempo ha puesto de manifiesto, sobre todo habida consideración al transcurrido desde la publicación respectiva de las indicadas leyes, ya al ocuparme de cada una de ellas llamaré la atención acerca de los puntos más principales que hayan sido objeto de reforma.

En cuanto á la propiedad de las aguas marítimas (parte primera de la subsección 1.ª, sección 3.ª del capítulo segundo, título 1.º, libro 3.º del Proyecto), no he creido indispensable introducir variación alguna de importancia acerca de su doctrina.

La innovación, si así puede llamarse, consiste únicamente en deslindar las dos materias que principalmente constituyen el contenido de la mencionada ley, á saber: la relativa á la propiedad y aprovechamiento de dichas aguas, así como á las concesiones y autorizaciones de obras indispensables para dichos aprovechamientos, y la referente á la materia peculiar de puertos, ó mejor á la ejecución y conservación de sus obras y al régimen de

sus servicios, policía, vigilancia ú orden interior de los mismos.

Esta parte de la ley, que ha contribuido, sin duda, á que aun hoy se la denomine como ley especial de Puertos, siendo así que no se concreta á éstos ni se puede concretar á cuanto hace referencia á la propiedad de las aguas marítimas, es realmente asunto que, independiente de la concesión ó autorización para su establecimiento, su caracter técnico ó facultativo y su interés administrativo, no consienten incluir en el Código civil las disposiciones que á dichos extremos hacen referencia.

Debiendo, por lo mismo, tener el Código, en cuanto al contenido de la mencionada ley, lo que interesa al dominio de las aguas marítimas y servidumbres de los terrenos contiguos, así como al uso y aprovechamiento de unas y otros, ó sea cuanto comprende el derecho de su respectiva propiedad; completando esta importante materia con lo concerniente á los títulos indispensables para su constitución, ya en forma de concesión ó de autorización, y á los efectos que están llamados á producir en el derecho de los particulares, ó entidades personales á quienes hayan sido otorgados, no he podido por menos de entresacar del mencionado contenido de la llamada ley de Puertos casi la mitad de sus artículos, ó sea los que, conforme indicaba, se refieren á los derechos de propiedad de las aguas y terrenos adyacentes y á la competencia y efectos para las concesiones, autorizaciones y obras indispensables para su aprovechamiento, según se advierte desde luego en los epígrafes que constituyen los distintos párrafos comprendidos en la mencionada parte primera, dejando para la virtualidad de la citada ley especial, denominada de Puertos, lo que señaladamente corresponde á la construcción, conservación, servicio, policía y vigilancia de los mismos.

SECCIÓN PRIMERA.

Del dominio de las aguas.

Aunque concebido en términos generales el epígrafe de esta sección del Código civil, su contenido muestra claramente que sólo hace referencia á las aguas denominadas terrestres, en una palabra, á la ley de 13 de Junio de 1879, en que se concretaron, con relación á esta clase de aguas, las disposiciones que acerca de las mismas contenía la ley de 3 de Agosto de 1866.

Ya dejo indicado que en este punto el Código se pronunció en pro de un verdadero fraccionamiento de dicha ley de 1879. Así resulta que semejante materia tiene hoy, sin contar con lo que pueda serle aplicable de las disposiciones referentes al derecho de accesión respecto á los bienes inmuebles (sección 2.ª, capítulo 2.°, título 2.°, libro segundo del Código), tres fuentes reguladoras del derecho positivo, á saber: este capítulo 1.°, título 4.° del libro segundo, denominado "De las aguas", la sección 2.ª del capítulo 2.°, título 7.° del mismo libro 2.°, cuya sección trata de las servidumbres en materia de aguas, y la llamada ley especial de éstas, aunque con referencia á las denominadas terrestres, que el mismo Código mantiene en vigor por sus artículos 425 y 563 relativamente á todo lo que no esté mandado ó no se halle previsto en las disposiciones del Código civil.

Esta última salvedad, que trunca la unidad que imprime á la doctrina su desarrollo por un mismo cuerpo legal y que puede ser origen y aun semillero de controversias cuando alguna de las nuevas disposiciones afecte á cualquiera de las comprendidas en la ley cuya vigencia se mantiene, revela, según indicaba también, el poco acierto con que se procuró traer al Código civil el régimen de la

propiedad en materia de aguas, dejando de incluir en él cuantas disposiciones hiciesen al mismo referencia.

Aunque se hubiese tratado de separar dentro del Código algunas de las partes contenidas en el régimen de esta propiedad especial, como se hizo, por ejemplo, con las llamadas servidumbres en materia de aguas, la trascendencia de semejante separación no habría resultado de tanta importancia como ahora, porque al fin la armonía de las disposiciones contenidas en un mismo cuerpo legal habría sido garantía de que no obedecían á criterios diferentes los preceptos reguladores de una misma materia.

Ya hacía presente con este motivo que, con preferencia á dicho fraccionamiento, entendía más adecuado, para no alterar la unidad que había alcanzado en nuestro derecho esta propiedad tan importante, y sobre todo para no alterarla con el carácter de perpetuidad que al régimen de las instituciones debía necesariamente imprimir el desarrollo de las mismas por el Código Civil, que, ó se hubiera éste contentado con una mera disposición de referencia á la ley que quería declarar subsistente, ó hubiera incorporado íntegramente, aunque con las modificaciones que se estimasen necesarias, todo lo que en dicha ley especial y fuera de ella correspondiese al asunto privativo de esta propiedad especial.

Esto último, precisamente, es lo que resulta en el Proyecto que acompaño; pues sobre ser fáciles de penetrar las dificultades que se originan por el fraccionamiento de una materia jurídica, puede decirse que el mismo Código se encarga de producirlas, así por las referencias que hace á la ley especial de Aguas, como por la indicada separación de las servidumbres relativas á esta importante materia.

Eliminadas dichas servidumbres del título 4.° de este libro 2.°, cuya denominación es "De algunas propiedades especiales", é incluídas, por lo mismo, en el título 7.°, sec-

ción 2.ª del capítulo 2.º del mismo libro, no parece sino que el Código se ha propuesto reformar el criterio que existía ya en nuestra legislación respecto al carácter especial de las servidumbres de aguas, declarándolas desde luego asunto de la propiedad en general.

No desconozco que, sin duda, contribuyó á que se hiciera semejante eliminación el equivocado concepto que en el Código preside acerca del derecho de propiedad, y que ha dado lugar, según me he visto precisado á decir en varias ocasiones, á la confusión que se observa entre la propiedad y el dominio.

Pero aunque esto pudiera explicar dicha eliminación si el Código se hubiese limitado á tratar de la propiedad especial de aguas en los límites de dicha sección 1.ª, que se ocupa del dominio de las aguas, no se concierta, sin embargo, con el contenido de las demás secciones relativas al uso y aprovechamiento de las mismas; porque no es fácil comprender la razón que haya podido tener el legislador para considerar asunto de propiedad especial cuanto dispone acerca de dichos aprovechamientos, y aun en la sección 5.ª, en que contiene los preceptos designados con el nombre de disposiciones generales, y no lo concerniente á las servidumbres en materia de aguas, que son, después de todo, derechos relativos al uso ó aprovechamiento de las mismas.

Cosa análoga he de indicar acerca de las reformas de dichos artículos 425 y 563 del Código.

El primero de estos preceptos ordena que se esté á lo mandado por la ley especial de Aguas en todo lo que no esté expresamente prevenido por las disposiciones del capítulo 1.º, tít. 4.º, lib. 2.º del Código, y sin embargo, el 563 determina la subsistencia ó régimen de dicha ley especial en materia de servidumbres de aguas, en cuanto no se halle previsto en el Código.

Aparte de esta diversa extensión con que se declara la

vigencia de la ley de Aguas, que es completa, salvo lo mandado en dicho cap. 1.° según el art. 425, y limitada á lo no previsto por la totalidad del Código, según lo establecido en el 563, resulta también que, á pesar de reconocerse el carácter especial de las servidumbres en materia de aguas conforme á dicho art. 425, el mismo Código, en la sección 2.ª (del cap. 2.°, tít. 7.°), en que se trata de semejantes servidumbres, excluye de las mismas aquel carácter especial para atribuir á ellas el general á las demás formas de propiedad, como si fuese enteramente innecesario admitir la especialidad en esta esfera de derecho, toda vez que, por este eclecticismo del Código, podía haberse hecho con las demás instituciones relativas á las aguas exactamente lo mismo que se ha hecho con las servidumbres referentes á esta materia.

Artículo 407.—Respecto al contenido de este artículo, he procurado acomodarme en el Proyecto á lo dispuesto por el Código.

Queda consignado ya que en materia de propiedades especiales no era mi ánimo hacer innovaciones, sino evitar la disgregación de doctrina, incluyendo en el Código lo que hasta su redacción había sido objeto de leyes distintas, sobre todo por lo que tienen de técnico ó facultativo la mayor parte de sus disposiciones.

Pero, no obstante esto, no podía dejar de fijarme en una declaración propiamente aventurada y aun opuesta ó contradictoria con lo prevenido en el art. 408, que resulta en el contenido del núm. 8.° de dicho art. 407 de que me estoy ocupando.

Es, á mi juicio, un principio aventurado y propiamente atentatorio á los efectos correspondientes al dominio de las aguas establecer, como se hace en el citado núm. 8.°, que las que nazcan continua ó discontinuamente en predios de propiedad privada, ya sean de particulares, del Estado, de las provincias ó de los pueblos, dejan de per-

tenecer á dicha clase de propiedad para pasar á la pública, y aun al dominio público, por el solo hecho de salir de los mismos predios donde tienen nacimiento.

El valor absoluto de esta disposición, que no resulta limitada ó condicionada por otra circunstancia que por la de su utilización en el predio del respectivo nacimiento de las aguas, implicaría, como desde luego se comprende, la imposibilidad de que el dueño de las mismas las utilizara fuera del predio de su respectivo dominio.

¿Ha sido este el criterio de los redactores del Código? A buen seguro que no, pues de ello da testimonio el sentido general con que resulta redactado el último párrafo del artículo siguiente, donde implícitamente viene á reconocerse que las aguas no pierden su carácter de propiedad privada por el hecho de salir del predio donde nacen, siempre que vayan encauzadas por acequias, acueductos ú otros conductos artificiales, al punto de determinar por esta sola circunstancia una presunción favorable al dominio del predio de su destino en la competencia que pudiera existir entre éste y el del predio de su origen ó nacimiento.

Si lo dispuesto en el núm. 8.º del art. 407 debe regir según sus términos, el Código hubiera debido suprimir por completo el último párrafo del art. 408, toda vez que la consecuencia lógica de lo dispuesto en el primero sería impedir todo fundamento al dominio privado de las aguas por razón de su destino, para circunscribir dicho fundamento al aprovechamiento de las mismas en el predio de su origen.

Comprendo perfectamente que los redactores del Código, fijándose más en la letra que en el espíritu de la ley de Aguas (consecuencia ésta, como tantas otras, del fraccionamiento de esta materia jurídica que queda ya indicado), se limitaron á traducir casi literalmente lo prevenido en el párrafo 1.º del art. 5.º de la ley especial de Aguas.

Pero como éste, á pesar de su situación, no se propuso realmente despojar al dueño de las aguas de la facultad de utilizarlas fuera de sus propios predios, sino sólo cuando resulten en cierto modo abandonadas ó discurran fuera de ellos en forma, por decirlo así, natural ó espontánea, según puede deducirse igualmente del párrafo 2.° del mismo art. 5.° de la mencionada ley de Aguas, no puede menos de tenerse presente la necesidad de reconocer dicha facultad en el dominio, siempre que las condiciones de su apropiación se mantengan, aunque en formas distintas de su utilización en el predio, por las diversas que permite su conducción ó encauzamiento á disposición del mismo dueño ó de otra persona determinada.

Este principio evidente en materia dominical reconocido en el fondo, según indicaba en el último párrafo del artículo 408, ha de constituir por necesidad un límite á lo prevenido en el núm. 8.° de dicho art. 407; límite que sirve de base para la salvedad que lleva consigo la modificación introducida en dicho número en el art. 1.690 del Proyecto, para ponerlo en armonía, así con lo dispuesto en el mencionado último párrafo del art. 408 del Código, como con la reforma que á título de ampliación exige también esta disposición, según puede observarse por el 1.692 del Proyecto, y con lo dispuesto además en el 1.708 del mismo, para completar en este punto el silencio que, según antes indicaba, resultaba ya en el art. 5.° de la ley especial de Aguas ó 34 de la ley de 1866.

Lo mismo esta ley que la vigente de 1879 estatuían ya aquel principio, que á mi juicio debe ser general á toda clase de manantiales ó alumbramientos, para los que se consiguieran por medio de pozos artesianos, socavones ó galerías; en una palabra, por minados destinados al alumbramiento de aguas subterráneas, cuya utilización, según dichos cuerpos legales (art. 22 de la ley del 79 y 48 de la del 66), puede tener lugar aunque las aguas salgan de la

finca donde vieron la luz, cualquiera que sea la dirección que el alumbrador quiera darles, siempre que, como establece el citado art. 1.708 del Proyecto, las recoja ó conduzca por medio de cauces ó conductos artificiales.

Artículo 408.—Ocurre con este artículo, respecto al contenido de los varios números que comprende, algo análogo á lo que se ha dicho acerca del artículo anterior.

Sin duda como complemento de este último consigna el número 1.° el principio de que las aguas originariamente de dominio privado lo mantienen mientras discurran por los predios donde nacen. Era esto en cierto modo el corolario del principio rectificado en el Proyecto, en cuanto al núm. 8.° del art. 407 del Código, que previene, sin limitación alguna, el paso de las aguas al dominio público por el hecho de salir de los predios en que tienen su origen.

Pero una vez rectificado el carácter absoluto de este principio consignado en el artículo anterior, la afirmación del núm. 1.° del art. 408 queda ya en su lugar, toda vez que, como complemento del mismo en favor del dominio privado de las aguas encauzadas por conductos artificiales, contiene ya el propio artículo su último párrafo, que así por su deficiencia como y principalmente por su relación con lo prevenido en dicho núm. 8.° del art. 407, he considerado que debía formar artículo especial como materia común al contenido del artículo en que viene comprendido y del que le precede.

Precisamente el verdadero objetivo del mencionado último párrafo del artículo del Código de que me estoy ocupando resulta deficiente en lo que constituye su materia más importante.

Consiste aquel objetivo en servir, por decirlo así, de protesta ó límite al indicado principio que formulan el número 8.° del art. 407 y el 1.° del art. 408, á saber: que las aguas son de dominio privado mientras discurran por

el predio donde nacen, pasando al dominio público en cuanto salen de él.

Como rectificación de este principio, según decía, reconócese en el último párrafo del art. 408 que, aunque las aguas salgan del predio de donde nacen, siguen en el dominio privado como parte integrante de la heredad ó edificio á que van destinadas, si son conducidas por acequias, acueductos, ó en una palabra, cauce artificial.

Pero lo raro del caso es que el Código sólo admite á este derecho dominical del agua conducida fuera de los predios en que surge á la superficie del suelo, á los dueños de los predios á que van destinadas las aguas ó por los cuales ó por cuyos linderos pasa el medio conductivo, como si se hubiese propuesto excluir á los del predio del nacimiento del agua, que habaín de ser, en todo caso, los que más primordialmente pudieran alegar derecho á su dominio ó aprovechamiento.

A buen seguro que el Código no se habrá propuesto semejante exclusión; que su silencio será debido á olvido, partiendo sin duda de la base de que el dueño del agua puede disponer de ella aprovechándola, siempre que la conduzca por conductos artificiales. Pero como ni la ley de Aguas consigna expresamente esta afirmación, que según queda indicado establece el art. 1.708 del Proyecto, como complemento de lo prevenido en el art. 5.° de dicha ley especial; y como por otra parte los citados artículos 407 (núm. 8.°) y 408 (núm. 1.° del Código) establecen el sistema de caracterizar como de dominio público al agua fuera del predio donde tiene nacimiento, podría fácilmente sustentarse el criterio, á mi juicio equivocado, de que el dueño de estos predios queda excluído del derecho que en el indicado último párrafo del art. 408 se reconoce en favor de los dueños de los predios de destino y de los que podrían denominarse ribereños, ó por los cuales ó por cuyos linderos pase el medio conductor del agua de que se trate.

Para rectificar ó impedir un criterio tan contrario á los derechos que deben corresponder, no sólo al dueño, sino á los demás propietarios del predio originario del agua, é igualmente para que á ésta afecte de un modo expreso, y no sólo al acueducto, cauce ó márgenes el aprovechamiento que autoriza dicho párrafo, siempre que tenga por fundamento algún título de propiedad, he creído, como decía, que estaba en el caso de reformar lo dispuesto en dicho párrafo, además de caracterizarle como artículo distinto de aquél (408) en que, según el Código, se muestra comprendido.

SECCIÓN SEGUNDA

Del aprovechamiento de las aguas públicas.

Artículos desde el 409 al 411.—Ninguna innovación en cuanto al articulado que contiene esta sección aparece en el Proyecto.

Sus artículos 409, 410 y 411 del Código resultan reproducidos por el 1.693 y 1.694 del Proyecto.

Pero ya es sabido que en el fraccionamiento de doctrina realizado por el Código en esta materia de propiedad de las aguas, sus artículos se limitan á establecer reglas generales, aun cuando, como acontece en esta sección y en las demás que comprende el capítulo de que trato, se refieren sus epígrafes á materias determinadas cuyo verdadero desenvolvimiento queda reservado á la ley especial de Aguas.

Por esto la única distinción que en este punto resulta entre el Código y el Proyecto aparece en la supresión del epígrafe de la presente sección, toda vez que el Proyecto reune en el concepto común de disposiciones generales todas estas declaraciones del mencionado capítulo 1.°, título 4.°, libro 2.° del Código, reservando las reglas relati-

vas á los aprovechamientos de aguas públicas para la inclusión en el mismo cuerpo legal de cuanto en la ley de Aguas (capítulos 10 y 11) se halla prevenido acerca de este particular.

SECCIÓN TERCERA

Del aprovechamiento de las aguas de dominio privado.

Artículos desde el 412 al 416.—Cosa análoga ocurre respecto á esta sección, cuyo contenido reproduce el Proyecto entre las disposiciones generales que comprende, por más que reforme ó modifique en su redacción lo dispuesto en el Código por sus artículos 412 y 415, á saber: en cuanto á éste, para fijar con más precisión y claridad lo que en el mismo se dispone; y en lo peculiar á aquél, para corresponder, tanto al indicado criterio, que reconoce en el dueño de los predios en donde las aguas nacen, la facultad de utilizarlas y mantenerlas en el dominio privado fuera de dichos predios por medio de cauces ó conductos artificiales, como para dejar á salvo los derechos que al aprovechamiento eventual de las aguas puedan emanar de la servidumbre de derivación de aguas ó servidumbre natural, según la calificación de la ley especial, que se mantiene vigente por el Código.

SECCIÓN CUARTA

De las aguas subterráneas.

Artículos 417, 418 y 419.—Como las disposiciones comprendidas en esta sección se refieren señaladamente á la determinación del dominio de esta clase de aguas, las he comprendido en el Proyecto en la parte que trata de este dominio especial (artículos 1.721 y siguientes), casi sin otra variación que la de completar lo prevenido en el

párrafo 1.° del art. 417 del Código, para que si el predio en que se trata de investigar aguas subterráneas se halla en usufructo ó sujeto á alguna otra servidumbre personal, no quepa perjudicar estos derechos de propiedad contando solamente con la licencia del dueño. Como éste ostentan igualmente un derecho de propiedad, y su consiguiente título, los interesados en cualquiera de las indicadas servidumbres que en todo ó en parte llevan consigo la posesión del predio; y es tan natural como justo que dicha posesión se respete íntegramente, de igual suerte que es necesario respetar, mediante la necesidad de la licencia del dueño, los derechos que al mismo corresponden.

Las facultades del dominio, en cuanto á este particular, harán siempre indispensable aquella licencia, ya que, aun tratándose de servidumbres personales, es condición imprescindible no alterar la substancia de la cosa que en virtud de las mismas se posee.

Pero como después de todo tienen también derecho á mantenerla dicha clase de poseedores, el mismo respeto de su recíproco derecho exige que, siquiera á título de aclaración ó como ampliación de lo dispuesto en el párrafo 1.° del citado art. 417, se reconozca igualmente la necesidad de la licencia de los que estén interesados en alguna servidumbre personal, cuando ésta exista sobre el predio en que se trate de llevar á cabo la investigación de aguas á que el mencionado artículo se refiere.

SECCIÓN QUINTA

Disposiciones generales.

Artículos del 420 al 425.—Ya queda dicho antes de ahora que con este epígrafe se traduce en el Proyecto casi todo el contenido del capítulo de que forma parte la presente

sección. En ésta, por consiguiente, con más motivo si cabe que en lo concerniente á las secciones precedentes, pues ya el Código la califica de "Disposiciones generales", estaba el Proyecto en el caso de limitarse á reproducir los artículos que comprende.

La única excepción consiste en lo relativo al artículo 425, debida á la diversidad de sistema entre el Proyecto y el Código, puesto que en lugar de consignarse como en éste una disposición de referencia para mandar que rija lo dispuesto en la ley especial de Aguas en todo lo no prevenido en el citado capítulo (que según se hizo observar hace poco no aparece exactamente conforme con lo establecido en el art. 563 del mismo Código), en el Proyecto, por el contrario, se prosigue formulando el régimen de la propiedad de las aguas (artículos 1.706 y siguientes), incluyendo á continuación de las disposiciones generales las de las distintas materias al efecto consigna das en dicha ley especial.

No voy á ocuparme del desarrollo que en ésta tiene dicho importantísimo asunto.

Por modo análogo al indicado al tratar de la ley de Aguas marítimas, puede decirse que en la mayor parte del contenido de la denominada de Aguas terrestres su inclusión en el Proyecto ha quedado reducida á su reproducción, toda vez que el desarrollo de aquella ley, que había ya introducido las modificaciones necesarias á la ley del año 1866, se refiere principalmente al derecho de propiedad, así en cuanto al dominio de las aguas y de sus cauces, como en cuanto á las servidumbres forzosas que su utilización exige, ya en cuanto á los aprovechamientos de que son susceptibles y títulos necesarios para conseguirlos, ya, por último, á la especie de propiedad común y régimen interior peculiar á cada comunidad, que en general se hace preciso cuando se trata de aprovechamientos colectivos.

Dos puntos, sin embargo, he creído que debía incluir en las Disposiciones generales contenidas en el Proyecto: el relativo á la policía de las aguas, para señalar las atribuciones de la función administrativa según se trate de las aguas públicas ó de las de dominio privado, y el referente á la jurisdicción, para deslindar igualmente las atribuciones de la administración y las que son peculiares de la jurisdicción civil ordinaria en los diversos asuntos que son materia de esta propiedad especial.

Relativamente á lo primero, el Proyecto se limita á traducir en un solo artículo (1.704) la misma doctrina establecida ya por los artículos 226 y 227 de la citada ley de Aguas terrestres.

Pero en lo referente á lo segundo he creido indispensable señalar notas fijas y precisas que, aunque sea con alguna pequeña variante respecto á lo prevenido en la mencionada ley, tracen marcadamente la línea divisoria que, á mi juicio, debe existir en asunto de por sí tan complicado como la propiedad, la posesión y aprovechamiento de aguas públicas ó privadas.

Si á esta complejidad, derivada de la naturaleza del asunto, se agrega la incertidumbre de que es susceptible un régimen de vaguedad en la determinación de los límites por los cuales ha de deslindarse la acción respectiva de la Administración y la de los Tribunales, fácilmente se penetrará la inseguridad que forzosamente ha de originar semejante estado y la necesidad de aceptar un criterio que, respetando todos los derechos y haciendo posible con este respeto las conveniencias públicas, facilite á todo el mundo seguridad en una materia tan importante como la relativa á la propiedad, posesión y aprovechamiento de las aguas.

Inútil es decir que en mi deseo de reducir á la más mínima expresión toda innovación en materia de propiedades especiales, esto es, de las leyes que venían rigiéndolas

con anterioridad al Código y que éste mantiene en vigor, he procurado atemperarme todo lo posible á lo que ya la ley de Aguas establece respecto á esta importantísima materia.

Si he reducido á un solo artículo (el 1.705) los varios que á ello dedica la ley especial, ha sido porque, á mi juicio, no exige más extensión la doctrina que ha de servir de eje para la debida distinción entre la jurisdicción administrativa y la jurisdicción civil ordinaria.

Confiar á ésta todo lo relativo á la propiedad y á la posesión sin distinción alguna en cuanto al carácter público ó privado de las aguas ni tampoco en cuanto al origen y naturaleza de los títulos respectivos, y sin otra limitación que la derivada del orden interior de las comunidades de regantes en materia posesoria, para no alterar en este punto las facultades especiales conferidas ya por la ley de Aguas á los sindicatos de las comunidades y á los jurados de riego, reconocidas expresamente por la Real orden de 22 de Junio de 1882, que traduce el Proyecto en forma de precepto legal por su art. 1.916; mantener igualmente en favor de dicha jurisdicción el conocimiento de las cuestiones relativas al derecho de pesca, conforme á lo prevenido en la misma ley de Aguas en el núm. 4.° de su art. 254, y dejar todo lo demás á la competencia de la autoridad administrativa en sus formas gubernativa y contenciosa, sin otro límite que el de que haya de preceder, según los casos, la oportuna y debida expropiación ó la suficiente y previa indemnización, cuando para la ejecución de sus acuerdos haya de alterarse el estado posesorio ó irrogarse perjuicio, son las bases en que descansa toda la doctrina que consigna el mencionado art. 1.705 del Proyecto.

Como se ve, el deslinde entre la competencia administrativa y la peculiar de la jurisdicción civil ordinaria es completo, preciso ó determinado en cuanto á ésta, y ge-

neral en todo lo que á la misma no corresponde, para las atribuciones de la Administración.

¿Qué es lo que sirve, sin embargo, de elemento regulador para prevenir, en todo caso, los conflictos que en materia de ejecución de las respectivas atribuciones de uno y otro orden podrían originarse? Pues sencillamente la expropiación ó indemnización previa, según los casos, para que quedando de esta suerte á cubierto, mientras quepa ventilarlo donde corresponda, todo derecho susceptible de quedar vulnerado por la ejecución de un acuerdo administrativo, haya términos hábiles para que la Administración no se vea precisada á demorar la ejecución de sus resoluciones.

De esta suerte, la Administración puede proceder con entera libertad, dentro de las condiciones de sus leyes respectivas y de las que al efecto le reconoce el mismo Proyecto que acompaño, en todo lo referente á la concesión ó autorización para el aprovechamiento de aguas públicas, así como en lo referente á la imposición de servidumbres forzosas, é igualmente en el reconocimiento y declaración de la existencia, validez y eficacia de los títulos de concesión ó autorizaciones que haya otorgado; pudiendo, además, ejecutar por sí misma cuantas resoluciones se considere en el caso de adoptar en uso de las atribuciones expresadas, siempre que para esto último, relativo únicamente á la parte de ejecución, no se cause perjuicio alterando el estado posesorio, ó aun cuando se cause ó haya de alterarse dicho estado, con tal de que preceda la expropiación si es necesaria, ó la indemnización del daño que pudiera resultar. Ya en Real decreto de 9 de Enero de 1884 estimó la Administración explícitamente esta doctrina, como derivada y en perfecta armonía con lo prevenido en la ley de Expropiación forzosa de 10 de Enero de 1879; siendo natural que á medida que la legislación aporta, acerca de estos asuntos, un cri-

terio tan notorio de acierto y de justicia para evitar toda lesión irreparable por intrusiones que pudieran realizarse en el uso de las jurisdicciones respectivas, se procure acomodar á él todo lo que pudiera ser origen de conflictos entre la Administración y los Tribunales, como sucede, por ejemplo, en materia de la propiedad especial de que me estoy ocupando.

Lo probable es que este fué también el propósito del legislador al formular la ley de Aguas; pero no puede desconocerse que, quizás por mero temor de que la Administración pudiera verse contrarrestada en algún caso de necesidad urgente, no resulta aquella ley tan concreta ni explícita que no dé origen á dudas y cuestiones, que en la mayor parte de los casos pueden fácilmente confundir la competencia de ambas jurisdicciones.

Muéstrase, entre otros particulares, por ejemplo, al observarse que, no obstante reconocer el art. 248, núm. 4.°, la competencia de los Tribunales en las cuestiones de propiedad y posesión, parece que se excluye esta última respecto á las aguas públicas por el núm. 1.° del art. 254; así como que para el fin de demarcar, apear y deslindar lo perteneciente al dominio público (asunto muchas veces de difícil determinación) se restringe, por el núm. 2.° de dicho artículo, la competencia judicial, aun respecto al dominio de las playas, álveos, cauces ó riberas de los ríos; reservándose además á la Administración (núm. 4.° del artículo 253), cuestiones de carácter tan poco perentorio como las relativas al resarcimiento de daños y perjuicios por las limitaciones ó gravámenes que sobre la propiedad particular se trate de imponer, y aun haciendo depender en muchos casos la competencia para las cuestiones de preferencia en los aprovechamientos de aguas, del origen del título en que se funden, pero empleando al efecto la denominación de títulos de *derecho civil*, que por su indeterminación legal es por sí sola bastante para servir de

pretexto á múltiples y complicados conflictos de carácter jurisdiccional.

Frente á todas estas variantes, que sólo pueden conducir á dar complejidad al asunto, entiendo que lo esencial y lo verdaderamente indispensable consiste en separar todo lo relativo á la competencia para *resolver* y á la competencia para ejecutar; manteniendo aquélla libremente, sobre todo en lo perentorio, á la acción administrativa, y autorizando igualmente también para proceder con libertad en la ejecución, siempre que antes de llevarla á cabo quede á salvo, por expropiación ó indemnización, el derecho cuyo estado posesorio haya de ser alterado.

Por lo demás, respecto á las variantes que pueden observarse entre los artículos del Proyecto y los de la ley de Aguas, no siendo como no es mi propósito formular un estudio comparativo de detalle, ni mucho menos hacer un comentario acerca del contenido respectivo de unas y otras disposiciones, creo que para el objeto de este trabajo basta remitirse á la claridad con que resultan formuladas las modificaciones introducidas en el Proyecto que acompaño, ya que por su sola lectura y su comparación puede penetrarse desde luego su necesidad y su justicia.

CAPÍTULO II

De los minerales.

Artículos 426 y 427. — Dos artículos solamente comprende el Código sobre esta importantísima materia (el 426 y el 427).

Para no desenvolver, al fin, nada de cuanto hace referencia á la propiedad minera, ni clasificar siquiera los minerales en razón de su apropiabilidad, para determinar de esta suerte las condiciones en que haya de descansar

el derecho de propiedad sobre los mismos, casí podría decirse que todavía sobra un artículo en el mencionado capítulo del Código; porque después de todo, habría sido preferible declarar sencillamente que lo mismo la calificación que la clasificación de los minerales y todo lo relativo a su propiedad quedaba relegado á la ley especial de minería.

Posible es que se indique haber ya el Código consignado esta doctrina por lo que declara en el art. 427; pero ni esto es rigurosamente exacto, ni por otra parte puede reputarse oportuno tratándose de una materia, como la de minas, en que ni aun cabe sustentar que existe una verdadera ley especial; porque, hoy por hoy, su régimen está entregado á un conjunto de legislación inspirada en criterios y sistemas diametralmente distintos, que no permiten, las más de las veces, afirmar con seguridad hasta qué punto resultan derogadas, modificadas ó completadas la mayor parte de sus disposiciones.

Parecía natural que, en presencia de este estado, en el orden de la legislación acerca de esta materia, ó el Código hubiera abordado el problema de su regulación, aunque sólo hubiera sido para limitarse á compilar y dar unidad á la legislación existente, á fin de hacer la luz en las actuales disposiciones que la rigen, ó hubiera optado por cruzarse simplemente de brazos, mediante una mera disposición de referencia á cuanto sobre el particular esté vigente.

Cualquiera de estos sistemas, por incorrectos que pudieran estimarse, á causa de rehuir el trabajo propio del Código, de desenvolver conforme á principios determinados la importantísima materia de la propiedad minera, habría sido preferible al que se ha adoptado, sin darse probablemente cuenta de la mayor complicación con que ha venido á aumentarse lo que existía en este ramo de la legislación.

Después de haber proclamado el Decreto-ley de Bases de 29 de Diciembre de 1868 un sistema encaminado á dar estabilidad á la propiedad minera sobre la base de la cesión del dominio del Estado, mediante canon, para cuantas substancias minerales no vengan íntegramente comprendidas en la propiedad del suelo, no parece sino que el Código ha intentado retrogradar el progreso que representaba en materia de propiedad minera aquel famoso Decreto, buscando inspiración en el antiguo sistema, que hacía de semejante propiedad un simple aprovechamiento precario, motivado en la supuesta necesidad ó utilidad pública de explotar constantemente la riqueza del subsuelo, y sometido al efecto á la denuncia y á la caducidad, en lugar de atenerse á la consiguiente utilidad de aprovechar dicha riqueza en la forma de una prestación determinada, con entera independencia de la explotación minera, fiando en cierto modo su virtualidad al interés privado de satisfacer el canon ó prestación impuesta.

El simple aprovechamiento de la substancia mineral como expresión de la propiedad minera, tratando tan sólo de calificarla por la circunstancia de sustituir por la explotación privada la pública ó administrativa, originaba en los sistemas anteriores al año 1868 un interés especial acerca del descubrimiento de las substancias minerales, que condensaba principalmente en las labores necesarias para su investigación el derecho á obtener las concesiones respectivas.

Por esto indudablemente alcanzaba en aquel sistema, que aparte de las antiguas disposiciones desenvolvieron modernamente las leyes de 6 de Julio de 1859 y 4 de Marzo de 1868, alcanzaba, digo, la investigación una importancia señaladísima, como eje que había de ser, el descubrimiento de minerales, para obtener en los referidos límites la propiedad minera, asediada constantemente y por todos lados por la acción administrativa, que no se des-

prendía ni un momento del interés público en el laboreo y pueble de las minas y su consiguiente extracción de las substancias minerales.

Podría decirse que el Estado sólo otorgaba las concesiones mineras para no tener que explotar los minerales por administración; pero cooperando permanentemente y sin dispendios en la explotación particular del descubridor ó concesionario.

Dicho queda que este sistema fué esencialmente transformado por el Decreto-ley de Bases, que es al fin la legislación vigente en lo que substancialmente constituye la materia legal de este importantísimo asunto.

Pero desentendiéndose, sin duda, el Código, ó no penetrándose suficientemente de la trascendencia de semejante reforma, acude, cual si en ello se cifrara todo el interés de la propiedad minera, á cimentar ésta en la investigación y descubrimiento de minerales, para remitirse en su desarrollo á cuanto sobre el particular se halle establecido en lo que llama ley especial de minería.

Sólo así se comprende que contenga dicho capítulo 2.° los dos únicos artículos anteriormente citados, á saber: el 426 como destinado á definir el objeto ó materia de la propiedad minera, y el 427, de mera referencia á las disposiciones que regulan esta materia jurídica en los límites que la caracteriza dicho artículo anterior.

¿Qué especialidad, qué interés ó nota fundamental halla el Código en condensar, al parecer, este vastísimo asunto en las labores de investigación para el descubrimiento de minerales, y aun podría añadirse en las labores de investigación superficiales? ¿Son éstas, por ventura, elemento capital ó esencial para la propiedad minera? Ó ¿significan tan sólo un interés más ó menos accidental para la seguridad de los cálculos y esperanzas del que pretende ser propietario de minas?

A buen seguro que á cualquiera se le ocurre que si la

propiedad en minería hubiera de descansar esencialmente en la investigación y descubrimiento de minerales, no habría podido la ley autorizar el otorgamiento de concesiones sin la presencia ó existencia de mineral descubierto. Y, sin embargo, este es el régimen legal en la actualidad, proclamado como está, por los artículos 17 y 19 del mencionado Decreto-ley, que las demarcaciones de pertenencias mineras y las declaraciones de propiedad deberán hacerse aunque no haya mineral descubierto ni labor ejecutada.

¿A qué viene, pues, que el Código sólo se ocupe como especialidad de lo que llama la propiedad de los minerales, en el derecho de hacer labores superficiales de investigación, como si esto sintetizara todo lo substancial en el ramo de minería, cuando acaba de verse que ni las superficiales ni las de más importancia son requisito ni condición indispensable para la demarcación, en su caso, y para la concesión definitiva?

Y llamo la atención acerca de este particular porque, según indicaba también hace poco, resulta del siguiente artículo, ó sea el 427, que todo lo que es objeto de la referencia del Código á la ley especial de minería se reduce á lo que ésta disponga acerca del mencionado derecho de hacer labores superficiales de investigación, cual si su objeto hubiera sido excluir completamente del Derecho civil la propiedad minera y caracterizar en ella como de interés privado tan sólo lo relativo al derecho de practicar calicatas y excavaciones, ya para la fijación de los límites en que hayan de practicarse esta clase de labores, ya para sus formalidades previas y designación de lo que haya de entenderse por mineral en el descubrimiento que por ellas se consiga, é igualmente para la determinación de los derechos que con motivo de las mismas correspondan á los dueños del terreno ó al descubridor que las practique.

He aquí, pues, el problema capital que plantea el laconismo del Código acerca de esta materia.

¿Fué realmente su propósito excluir del Derecho civil, para entregarlo exclusivamente al Derecho administrativo, todo lo referente á la propiedad de las minas ó de las substancias minerales que no sea la referida facultad de hacer investigaciones libremente en terreno público y con autorización del dueño en terreno de propiedad privada?

Contra semejante interpretación protestaría la naturaleza de la propiedad minera, que como institución de la propiedad cae dentro de la esfera del Derecho civil; la misma legislación de minas vigente, que con insistencia (artículos 65 y 94 de la ley de 1859 y de la de 4 de Marzo de 1868, y art. 32 del Decreto ley de 1868) ha mantenido la competencia civil en los asuntos de propiedad de minas y su aprovechamiento entre partes conocidas y determinadas; la ley Hipotecaria, declarando (artículos 2.° y 108 y el 334 del Código civil) inscribibles las minas y sus respectivas concesiones; é igualmente la propia ley de Bases para la redacción del Código (bases 1.ª y 10), que sobre exigir el respeto al estado actual de nuestras leyes, prevenía además especialmente la inclusión, siquiera en forma de bases ó principios generales de la materia, de la propiedad de las aguas, de las minas, de las producciones científicas, etc., etc.

No puedo considerar que el legislador, en la redacción del Código, haya abrigado el propósito á que se refiere la pregunta anteriormente formulada; por más que al observar cómo contrae, por decirlo así, únicamente á la investigación ó descubrimiento de las substancias minerales la materia referente á este derecho de propiedad especial, haya de comprenderse el poco acierto que hubo en traducir en el Código lo prevenido en la base 10 respecto á las minas y la consiguiente complicación que necesaria-

mente ha de producirse en atención á la circunstancia, anteriormente indicada, de no existir verdadera ley especial y estar inspirada en criterios ó sistemas diferentes las diversas disposiciones que en forma positiva regulan esta materia jurídica.

No voy á ocuparme de las leyes anteriores á la de 6 de Julio de 1859. Con repetición he indicado ya la necesidad de proceder en este trabajo ateniéndome á los límites á que debieron también ajustar el suyo los redactores del Código civil; en una palabra, á cuanto constituye el derecho vigente, siquiera por falta de unidad, ó por confusión en su doctrina, ó contradicción en sus preceptos ó por modificación parcial de sus disposiciones, exija en la redacción del Código la ordenación, complemento y precisión de toda la doctrina que comprende.

Pues bien; en materia de legislación sobre propiedad minera pueden, hoy por hoy, considerarse muy distintas las fuentes á que es preciso atender.

Ni cabe partir de la ley de 6 de Julio de 1859 después de haber sido modificada en muchas de sus disposiciones por la de 4 de Marzo de 1868, ni prescindir de sus respectivos reglamentos (5 de Octubre de 1859 y 24 de Junio de 1868), ni dejar de atender, sobre todo en la parte esencialmente sustantiva de tan importante institución, al Decreto-ley de Bases de 29 de Diciembre del mismo año de 1868, ni olvidar tampoco el proyecto de ley presentado por el Ministerio de Fomento al Senado en 13 de Junio de 1879, que fué objeto del dictamen de la Comisión de dicho alto Cuerpo Colegislador en 14 de Mayo de 1880; ya que todos estos cuerpos de doctrina, unidos al Reglamento de policía minera de 16 de Julio de 1897 y al de 18 de Diciembre de 1890, puramente provisional para la indemnización de daños causados á la agricultura por el beneficio de minerales, encierran el contenido del régimen jurídico que según el mencionado art. 427 del Código debiera ser objeto

de una ley especial de minería; aparte de las demás disposiciones que ya sobre sociedades, sobre aprovechamientos mineros, sobre tributación, etc., etc., ha sido preciso dictar continuamente, por falta sin duda de un cuerpo legal completo sobre tan importante asunto.

Ciertamente que, como expresa la referida ley de Bases para la redacción del Código, especialmente en la décima, no ha de comprender el Derecho civil con carácter de especialidad todo lo que indirectamente haga referencia á la materia de minas.

El interés del Derecho civil en este punto se concreta principalmente, y casi pudiera decir exclusivamente, á la calificación de las minas y substancias minerales como bienes ú objetos del derecho privado; en una palabra, como utilidades jurídicas, y á la determinación del régimen de su apropiación ó formas bajo las cuales dichas utilidades pueden ser aprovechadas, ó lo que es lo mismo, al derecho sobre su propiedad.

Ni los contratos que puedan establecerse sobre minas, ni las sociedades ó compañías que puedan fundarse para su explotación, ni los modos de transmitirse, ya á título singular ó á título universal, ya con carácter oneroso ó con carácter lucrativo, y en suma, cuantas relaciones esencialmente jurídicas puedan establecerse con ocasión de las minas, nada de esto requiere una excepción en el régimen general del Derecho civil; pues si en materia fiscal, para las distintas fases de la tributación á que puede dar lugar, ó en materia administrativa, ya para la concesión de pertenencias mineras ó para la inspección y vigilancia que exijan la salubridad y seguridad de las labores mineras, ó en materia penal, son indispensables disposiciones emanadas de otros órdenes del derecho, nada de esto incumbe á la esfera propia del Derecho civil, la cual, dentro de sus instituciones fundamentales para el régimen de las personas, de los bienes y de

las relaciones jurídicas, únicamente está llamada á recoger, en materia minera, todo cuanto concierne á la calificación de las minas como bienes y á las formas ó modalidades de su apropiación como base de cuantas relaciones puedan establecerse sobre ellas.

Ni puede ser conveniente ni oportuno informar un ramo de la legislación para cada objeto distinto, por importante que sea, ya se denomine mina, ya se repute edificio, ya corresponda á ganadería, ya á la agricultura ó á cualquier otra industria.

Propósito semejante, que necesariamente había de sembrar el casuismo en la legislación, conduciría, por otra parte, á cercenar cada vez más el contenido de las esferas de derecho verdaderamente esenciales y á dificultar, cuando no á hacer imposible la unificación del orden jurídico, su sistematización en Códigos y cuanto en forma sintética puede más directamente conducir á la difusión y conocimiento de la legislación ó del derecho positivo.

Agrupar en una ley especial de minería la parte administrativa, la puramente civil, la esencialmente fiscal, la técnica, la penal, etc., etc., sería, como digo, ir recogiendo de estas diversas esferas capitales del derecho lo que cada una, para ser completa, debe necesariamente comprender, en vez de respetar en cada una su particular contenido, siquiera pueda en este punto, como sucede en el orden del Derecho civil, revestir carácter verdaderamente especial lo que hace referencia á la propiedad minera ó á las minas ó substancias minerales como objetos de propiedad.

Téngase presente, en cuanto á este particular, que ni aun en el orden del Derecho civil afecta carácter especial todo lo que directa ó indirectamente á las minas se refiere. Acabo de indicarlo hace poco. Ni los contratos sobre minas, ni las sociedades que se formen para su descubrimiento y explotación, ni las demás relaciones concer-

nientes á la determinación y transmisión de los derechos que puedan originar, y, en una palabra, nada de cuanto no sea las formas de su apropiación, es ni debe ser asunto de carácter especial, ya que en todas aquellas instituciones, de igual suerte que en las relativas á la personalidad y á la capacidad, ya se trate de mineros ó descubridores de minas, ya de propietarios ó concesionarios de éstas, ya de beneficiadores ó industriales en minería, ninguno de ellos para sus operaciones necesita legislación especial respecto al régimen de su derecho personal.

Lo único que reclama formas especiales distintas de las generales que regulan las instituciones civiles es, según indicaba, lo referente al régimen de la propiedad; porque como ya hice notar al tratar en general también de las propiedades especiales, todas ellas requieren, en atención á la naturaleza peculiar de su objeto, un proceso de singularización ó exteriorización de la utilidad del mismo, sin el cual no podía ser aprovechado y en razón del que, por consiguiente, es menester que aparezcan determinadas las formas mediante las cuales pueda dicho aprovechamiento realizarse; proceso que en materia minera se funda en la necesidad de separar la substancia mineral de la masa terrestre de que forma parte integrante, ya que sin dicha separación no podría alcanzar la riqueza minera utilidad distinta de la del suelo á que está incorporada.

Así, pues, ni resulta apropiado en el Código el concepto en que determina la materia del capítulo 2.° del título 4.°, libro 2.°, que destina á tratar de las propiedades especiales, no designando como no designa dicho capítulo ni con el nombre de la propiedad de las minas, ó de la propiedad de los minerales, ni de la propiedad de la minería, etcétera, etc., sino con el simple nombre "de los minerales", como si su objeto más bien fuera tratar de ellos como bienes ó cosas, y por tanto exponer la materia peculiar á su *calificación* y *clasificación*, que desenvolver ó presentar

simplemente, aunque sólo sea en forma de referencia, las instituciones relativas á su apropiación, en una palabra, á su derecho de propiedad.

Esta especie de contraposición entre el contenido del artículo 334, donde (num. 8.°) se califica de bienes inmuebles las minas, canteras y escoriales, y el epígrafe del citado capítulo 2.°, y aun el art. 426, donde se trata de los minerales y no de las minas ni de la propiedad minera; sin poder, por tanto, fijar, mediante disposición expresa del Código, un criterio cierto acerca de si dicho capítulo del título 4.° del libro 2.° se ocupa de la propiedad inmueble ó simplemente de la propiedad mueble; de si desenvuelve, en una palabra, la propiedad de las cosas calificadas de minas, canteras y escoriales, ó se propone sólo hacerlo de otros objetos distintos, resulta de igual manera cuando con ocasión del art. 427 se observa la referencia á la ley especial de minería, toda vez que, no pudiendo decirse en rigor que actualmente existe, implicaría por lo mismo un supuesto la idea de que, como parte de dicha ley especial, se regule en ella la propiedad minera.

Por esto indicaba, hace poco, que con esta falta de criterio que se observa en el Código, tanto por el enunciado de dicho cap. 2.° como por el contenido de los citados artículos 426 y 427, ha venido á crearse una complicación más en medio del conjunto, falto de armonía, que aparece en la legislación minera, y de que se lamenta bien recientemente el legislador español en el preámbulo del Reglamento de policía minera de 15 de Julio de 1897.

Tres, por no decir cuatro, son los sistemas en que resulta actualmente informado el referido conjunto de semejante legislación positiva y su Proyecto, á saber: el anterior al Decreto-ley de Bases de 1868, caracterizado por las leyes de 6 de Julio de 1859 y 4 de Marzo de 1868, y Reglamentos para su ejecución de 5 de Octubre de 1859 y 24 de Junio de 1868, que rechazando la propiedad de las

minas, sólo autorizaba la concesión precaria de su aprovechamiento, para mantener de esta suerte de un modo originario y permanente la acción administrativa en todo lo relativo á este ramo de la riqueza pública, ya se tratara investigar, ya de conceder, ya de explotar, para la extracción, y aun de beneficiar el mineral extraído; el derivado del mencionado Decreto-ley de 29 de Diciembre de 1868, que trató de establecer y afirmar la propiedad minera con carácter de verdadera perpetuidad, como cualquiera otro derecho de propiedad, para limitar en su virtud la acción administrativa únicamente á la concesión del título, con motivo del dominio originario que al Estado se reconocía, y á la vigilancia del laboreo en materias de policía y salubridad; el que se intentó desenvolver por el Proyecto presentado al Senado en 1879, restringiendo algún tanto las facultades del propietario, no obstante mantener, como escuela del Decreto-ley de Bases, la propiedad minera establecida por éste Proyecto, que sin duda por semejante carácter poco definido no llegó á prosperar; y el que puede considerarse como resultado del criterio anodino que revelan los dos citados artículos del Código civil, que ni habla siquiera de la propiedad minera, que se refiere á la ley especial de minería, sólo en lo que concierne á los minerales, y que condensa, por decirlo así, todo el interés de los mismos en materia de derecho civil, á lo que pudiera llamarse su investigación ó descubrimiento por medio de labores superficiales, como las calicatas ó excavaciones.

Véase qué criterios tan encontrados, tan distintos y opuestos entre sí informan actualmente eso que el Código llama ley especial de minería, que no es más, según puede penetrarse fácilmente, que un conjunto abigarrado de disposiciones en que luchan sistemas tan contradictorios como el del aprovechamiento precario y el de la propiedad minera, y en que es por lo mismo indispensable salir

de una interinidad tan prolongada, mediante un Proyecto de ley para el régimen general de dicha propiedad, según paladinamente se reconoce en la exposición de motivos que precede al mencionado y reciente Real decreto de policía minera.

No es ya la minería, según expresa el Código (art. 427), lo que reclama legislación especial. Es la propiedad minera, según señala el citado Reglamento (15 de Julio 1897), lo que actualmente hace indispensable un nuevo Proyecto de ley. Sólo en esto se descubre que no en balde ha transcurrido el tiempo que media desde la publicación del Código al reciente Reglamento de policía minera.

Para aquel cuerpo legal, la propiedad minera venía á ser en cierto modo desconocida ó considerada á lo más como un elemento parcial ó secundario de la ley de minería, relegando su régimen á una ley especial. El Reglamento, por el contrario, reconoce, por decirlo así, personalidad á la propiedad minera, entendiendo que es indispensable informar legalmente esta institución; y aun cuando habla de un futuro proyecto de ley, sin duda porque el Código civil no se ocupa de este asunto, se guarda muy bien de calificarlo de ley especial, cual si su propósito fuera la inclusión de dicha ley en el Código ó al menos no prejuzgar, por de pronto, nada de cuanto se refiere á si el régimen de la propiedad minera debe formar parte del Código civil ó de regularse separadamente por medio de una ley especial.

Que el silencio del Código exige un cuerpo legal de doctrina uniforme y congruente sobre propiedad minera, es indudable; que este cuerpo legal se incluya en el Código ó viva fuera de él, podrá ser asunto en que no creo que para esto último quepa invocar más que consideraciones arbitrarias; pues siendo como es la propiedad de minas, como toda propiedad, un asunto esencialmente de derecho civil que importa por lo mismo confiar á la juris-

dicción del fuero común y subordinar su parte complementaria al régimen de la propiedad en general, no considero acertado intento alguno encaminado á disgregar de la unificación que toda codificación debe llevar consigo esta parte importantísima del derecho de propiedad, para lo cual, según el Proyecto que acompaño, he procurado incluir resueltamente en el Código las disposiciones que la regulan, las cuales, juntamente con las que respecto á minas contiene la clasificación de los bienes en el cap. 1.º, título preliminar del lib. 3.º, constituyen el contenido de un cuerpo legal destinado á ordenar el régimen de la propiedad minera.

Si por el sistema anterior al Decreto-ley de Bases del año 1868 la concesión minera, como de aprovechamiento precario, requería labor legal (artículos 27 y 28) y mineral descubierto (20 y 29), llegando á conferir derechos y á definir pertenencias mineras por la sola investigación (artículo 19), el sistema sustentado por el Decreto-ley de Bases de 1868, en una palabra, el de la verdadera proclamación de la propiedad en minería, ni reconocía derechos por la sola investigación para servir de título de propiedad con anterioridad á la concesión necesaria, ni hizo indispensable la labor legal y el consiguiente pueble de las minas de que dependía siempre anteriormente la virtualidad de los aprovechamientos mineros, imposibilitando por lo mismo toda denuncia por esta causa, ni requería tampoco la existencia de mineral descubierto para otorgar la concesión ó título de propiedad correspondiente.

Aunque por este título de propiedad, al desprenderse el Estado de su derecho, condensara el interés público en el canon derivado de dicha concesión, á fin de dejar al interés privado y á la libertad individual del dueño ó propietario el aprovechamiento y desenvolvimiento de la riqueza minera, lo mismo en cuanto á la investigación que á la

explotación ó laboreo de minas, que á la extracción y beneficio de los minerales y demás operaciones de la industria minera, no por esto abdicaba de su autoridad que en materia de minas como en cualquiera otra le está siempre reservada en orden á la policía y sanidad. Desapareciendo, por consiguiente, la dirección superior del Estado en el laboreo de minas, se deslindaba perfectamente la función administrativa y la peculiar al derecho común en materia, de propiedad minera, para respetar la exclusiva competencia de éste en la fijación del régimen de dicha propiedad, independiente de la acción de la administración, para obtener, por la concesión del título, lo que al interés público incumbe, si no ha de convertirse el Estado en un verdadero industrial y ha de procurarse al mismo tiempo que el interés privado tenga un poderoso estímulo para el desenvolvimiento del ramo de la riqueza que mediante la propiedad se confía á su cuidado.

En esta transformación del interés social en materia de propiedad minera, que de su carácter primitivo esencialmente público pasaba á ser jenuinamente privado, elevando á la categoría de un verdadero derecho de propiedad lo que antes tan sólo se reducía á un aprovechamiento precario, faltaba, no obstante, completar tan trascendental reforma, ya para que no se viera precisada á realizar su desenvolvimiento mediante prescripciones legales y reglamentarias de un estado de derecho informado en un sistema enteramente distinto del que la ley de Bases proclamaba (en atención á lo prevenido con carácter propiamente provisional por el art. 32 de dicho Decreto-ley), ya también para que la aplicación del nuevo régimen legal pudiera tener lugar bajo el amparo de la jurisdicción civil ordinaria, como aquella á la cua incumbe la salvaguardia del derecho de propiedad, cualesquiera que sean las cuestiones de esta indole ó de posesión y las partes entre quienes se debieran ventilar,

siempre que ni traspasaran los límites del título originario, ó sea de la concesión, ni fuesen peculiares de la vigilancia que sobre policía y sanidad corresponde, en todos los ramos, á la pública Administración.

Once ó doce años pasaron, no obstante, sin intento siquiera de regularización, en esta situación jurídica en que resultaban mezclados dos sistemas tan distintos; pues á pesar de la urgencia de completar debidamente el sistema sustentado por el Decreto-ley de Bases de 1868, sigue todavía en pie semejante confusión, sin que acertará á hacerla desaparecer el Proyecto de ley de Minas presentado por el Gobierno al Parlamento en 13 de Junio de 1879, y acerca del cual formuló dictamen la Comisión del Senado en 14 de Mayo de 1880.

No es estraño, sin embargo, que, á pesar del mucho tiempo transcurrido con posterioridad á esta fecha, no haya alcanzado todavía solución el problema que dicho proyecto de ley se proponía resolver.

O hubo timidez al formularlo, ó es preciso convenir en que fué mirada con desconfianza la mencionada reforma del Decreto-ley de Bases.

Esto vienen á indicar varias, entre otras, disposiciones de aquel Proyecto de ley, ya prohibiendo á los concesionarios disponer del mineral que descubran ínterin no se hallen autorizados al efecto (art. 26), ya admitiendo el laboreo durante la tramitación de los expedientes y de consiguiente antes de la concesión (art. 40), cual si se tratara del sistema anterior en que la llamada labor legal de investigación ó de registro era requisito previo para la concesión y confería derecho de prelación para obtenerla, ya prohibiendo que la intervención de los Tribunales ordinarios pudiese entorpecer la marcha de las labores, y exigiendo que aun en los casos de embargo, ejecución y venta de los establecimientos mineros, el procedimiento judicial no pueda inferir perjuicio al laboreo (art. 52), cual

si éste, ó sea la explotación de las minas, no hubiera llegado á conseguir la condición de libre y subsistiera por tanto el interés público del primitivo sistema en la dirección y régimen de dicha explotación, ya, en fin, entregando con todas estas circunstancias al Cuerpo de Ingenieros de minas (art. 29) la inspección y vigilancia de las labores mineras, que en los límites de la competencia de la Administración ha de reducirse exclusivamente á la seguridad y salubridad de las mismas y ha de ejercerse por las propias autoridades de la jurisdicción administrativa y no precisamente por los que sólo tienen la obligación de asesorarla.

¿Qué extraño, pues, que aquel intento legislativo no llegase á prosperar, cuando de tal modo se cercenaban los dos principios capitales del Decreto-ley de Bases que era preciso completar, á saber: el establecimiento de la propiedad minera y la libertad en la explotación de las minas?

Si estas circunstancias hubieron de malograr tal intento, con tanto y más motivo, si cabe, estaría llamada á perpetuarse aquella interinidad, reconocida por todos como perjudicial é inexplicable, aun por el mismo legislador español al formular el Reglamento de policía minera, después que por el Código civil, según antes hacía presente, parecía volverse los ojos á aquel antiguo sistema en que, excluída del derecho civil la propiedad minera, se cifraba su interés privado en la mera facultad de practicar, para el descubrimiento de minerales, labores superficiales como las excavaciones ó calicatas.

En vista de semejante anomalía, que ha creado un estado de cosas tan confuso como contradictorio, hasta el punto de no poder fijar con exactitud qué es lo que al derecho civil incumbe en materia de propiedad minera, proclamada por el Decreto-ley de Bases, intentada restringir por el proyecto de los años de 1879 y 1880 y olvidada, si no

desconocida, en cierto modo, por el Código civil, no he podido menos de considerar que, para que éste responda á lo que exigen las mismas bases dictadas para su redacción, siendo como es derecho vigente el mencionado Decreto-ley, así como evidente la necesidad de completar su doctrina con disposiciones que, respetando la libertad del propietario, tanto en la explotación de las minas como en la disposición de las substancias minerales, mantengan á su vez libre la acción de los Tribunales ordinarios en todo lo relativo al laboreo y marcha de las labores mineras, no siendo por riesgo inminente para la salud y seguridad, era indispensable formular en el Proyecto que acompaño las disposiciones reguladoras de la propiedad minera, con el doble propósito de que, á la vez que unifiquen su doctrina en los principios capitales en que descansa dicha legislación vigente, quede incorporada en el Código civil la materia jurídica de la propiedad en minería, deslindando al efecto la función propia de este orden del derecho, de aquella que á la Administración incumbe, así para otorgar, en su caso, las concesiones que corresponda y fijar en ellas las condiciones del derecho de propiedad que confieran, como para ejercer, también en su caso, la vigilancia limitada á la sanidad de las minas y seguridad de las labores mineras.

He aquí los puntos que principalmente desenvuelven las disposiciones generales ó parte primera de la subsección en que el Proyecto trata de la propiedad de las minas.

Manteniéndose la doctrina de la plena propiedad del Estado en las substancias minerales susceptibles de concesión administrativa como fundamento del título originario de propiedad conferido por dicha concesión, se respeta íntegramente (art. 1.931) la libre acción de la Administración pública en todo lo relativo á la tramitación necesaria hasta el otorgamiento de la concesión respectiva, ó sea hasta la constitución definitiva de la propiedad soli-

citada, así como se respeta igualmente (art. 1.929) la libertad que incumbe también á la Administración en lo relativo á la policía de minas por lo que á su salubridad y seguridad atañe, confiando, como consecuencia natural y lógica de la propiedad reconocida, á la competencia del derecho civil y función judicial, en su caso, todo lo demás que no corresponda á dicho período previo á la concesión, ó á dicha vigilancia limitada á los extremos referidos, durante el período de la explotación.

Trázase, de esta suerte, una marcada línea divisoria entre lo que constituye materia de derecho civil y propia, por tanto, de la función judicial, y la que es peculiar del orden administrativo, sin que el laboreo de las minas resulte, como ocurría con el sistema anterior al Decreto-ley de Bases, asunto en que era difícil, por no decir imposible, distinguir hasta qué punto podrían los Tribunales de la jurisdicción civil amparar á los particulares en sus derechos, y en que habían éstos de verse precisados á contar con la dirección administrativa en lo referente al pueble y explotación de las minas.

El art. 94 de la ley de 6 de Julio de 1859 y el del mismo número de la de 4 de Marzo de 1868 establecían, como es sabido, importantísimos límites á la intervención de los Tribunales ordinarios, aun tratándose de cuestiones entre partes sobre propiedad, participación y deudas, prohibiendo, sobre la base de defender el laboreo, que aquella intervención entorpeciera la marcha de las labores mineras ó pudiera resultar perjudicial á las mismas.

La vigilancia que en estos puntos entregaba al Gobernador de la provincia era prueba manifiesta del criterio, contrario á la verdadera propiedad de las minas, en que se inspiraba el sistema de su aprovechamiento precario, que informaba el contenido de aquella legislación.

El interés público, del que el Estado no abdicaba ni un momento en lo relativo á la explotación de las minas, ha-

ciéndolo efectivo por el pueble y laboreo legal; la dirección técnica de sus funcionarios y la denuncia y caducidad en su caso, aconsejó sin duda al legislador en aquella época anterior al Decreto-ley de Bases, que las contiendas judiciales entre partes no pudieran afectar en lo más mínimo el laboreo de las minas, para que asi las condiciones de éste como la marcha y progreso de las labores mineras resultaran constantemente respetados bajo la acción de las autoridades y agentes de la Administración.

Pero si había de ser una verdad el sistema de la explotación libre sustentada en el Decreto-ley de Bases, en una palabra, la emancipación del laboreo en todo lo referente al desenvolvimiento de la riqueza minera, se comprende desde luego que aquella doctrina limitativa de la función judicial establecida por dicho art. 94 de las leyes anteriores no podía continuar y era, por lo mismo, indispensable fijar la acción respectiva de la administración pública y de la función judicial, en términos que también el laboreo recayese, como debe recaer, en la función propia de esta última y que hicieran factible, como propone el Proyecto, el referido deslinde, por el que si hasta la concesión es preciso dirigirse á la Administración para obtener el título originario de la propiedad de la mina, una vez constituída ésta y caracterizado, por consiguiente, dentro de sus naturales condiciones, el interés privado de su posesión y explotación, á la acción y al amparo de los Tribunales, con las reglas trazadas por el Código civil, debe quedar todo lo referente á la propiedad, posesión y explotación de las minas, aun tratándose de aquellas para las que sea indispensable conseguir la concesión anteriormente referida (artículos 1.927 y 1.928 del Proyecto).

Pero si los órdenes del derecho llamados á intervenir en este asunto reclamaban el indicado deslinde para concretar ó determinar con precisión lo que hasta entonces resultaba verdaderamente confundido, no era menor tam-

poco la necesidad de caracterizar la clasificación de las substancias minerales de manera que reportaran notas igualmente precisas para la determinación de su respectivo dominio.

Ya el proyecto de ley presentado al Senado en 1879 había revelado semejante necesidad, tratando de reducir á dos las tres clases en que aquéllas aparecían distribuídas, según el Decreto-ley, para poder trazar de tal suerte, en cuanto á su dominio, un criterio que, á la vez que declaraba pertenencia completa del dueño del terreno é integrante, por tanto, de la propiedad de éste la de las substancias minerales de la primera sección, mantenía las de la segunda en el pleno dominio del Estado para que nadie pudiera explotarlas sino en virtud de concesión otorgada por el Gobierno.

En la naturaleza, pues, de las substancias minerales, y no en su posición en el suelo ó en el subsuelo, estribaba la distinta propiedad que en todo lo referente á la riqueza minera sustentaba aquel proyecto de ley, para respetar íntegramente el derecho de propiedad en toda la extensión y profundidad del mismo, no obstante la propiedad del Estado en las substancias minerales susceptibles de su referida concesión.

El concierto de estas dos propiedades, esencialmente territorial la una y puramente minera ó extractiva la otra, realizábase de esta suerte sobre la base de la naturaleza de las substancias minerales, y no sobre las condiciones de su yacimiento en el terreno en que pudieran hallarse.

Bien puede decirse que no fué otro el criterio que en cuanto á este concierto ó armonía entre la propiedad del Estado y la de los particulares en materia de minería habían proclamado constantemente nuestras antiguas leyes, que de seguro no intentaron siquiera desconocer la perfecta facultad del dueño del terreno para trabajar en él y aprovecharlo según sus conveniencias, cualquiera

que fuese la profundidad á que lo hiciese dentro de los límites del perímetro superficial en que resultara trazada su propiedad ó pertenencia.

Sólo en el Decreto-ley de Bases hállase en este punto, una nota que pudo parecer atentatoria á aquel derecho de propiedad correspondiente al dueño del terreno, por más que, si se examina atentamente, sea esto más bien resultado de la letra de la ley que de su verdadero espíritu.

Si para facilitar quizá su mejor inteligencia intentó trazar una línea divisoria entre el suelo y el subsuelo, aunque pudiera aparecer un atentado contra el derecho de propiedad sobre el terreno, reconociendo como reconocía la imposibilidad de fiar á una línea positiva ó determinada dicha separación, por la necesidad de respetar en profundidad indefinida el trabajo del propietario para cualquier objeto distinto del de la minería, y aun relativamente á éste, si se concretaba á las substancias no comprendidas entre las que calificaba en la tercera sección, no puede menos de comprenderse que aquel atentado, si hubo propósito de realizarlo, respondería únicamente á la necesidad imprescindible de formular de algún modo aquella separación; lo cual, á poco que se medite, se penetra fácilmente que está muy lejos de corresponder á semejante propósito.

El solo hecho del reconocimiento referido para respetar en el trabajo del propietario del terreno la acción expedita en profundidad indefinida; la cesión por el Estado, prevenida en los artículos 7.° y 8.° del mismo Decreto-ley respecto á las substancias minerales de las designadas en aquel Decreto como de primera y segunda sección y sin límite en la explotación de las mismas relativamente á su posición en el subsuelo; é igualmente las mismas concesiones autorizadas en el art. 9.°, contrayéndolas expresamente á las substancias minerales, sin referencia alguna al subsuelo del terreno, aunque calificando como separada

de la propiedad del suelo la derivada de dichas concesiones, lo cual en rigor importaría que éstas sólo fueran eficaces debajo de la línea de separación entre el suelo y el subsuelo; todas estas circunstancias y otras que sería prolijo enumerar, revelan claramente dos cosas importantísimas, á saber: primera, que el mismo Decreto-ley no consideró posible la determinación de una línea divisoria capaz de separar en dos partes la profundidad del terreno; y segunda, que su objeto capital al separar de la propiedad del suelo la derivada de las concesiones mineras, se contraía únicamente á las substancias minerales susceptibles de concesión, sin extenderse al terreno mismo, cuya propiedad había de quedar, por consiguiente, respetada íntegramente en la del dueño del terreno, sin otro límite ó verdadera separación que en lo relativo á las substancias minerales empotradas en el mismo.

Por esto puede decirse, como ya antes indicaba, que en realidad el Decreto-ley de Bases no se propuso arrancar del propietario de la superficie parte de la propiedad de su terreno, sino sólo regularizar ó establecer en régimen ordenado el principio fundamental que en materia de minería ha informado constantemente nuestro derecho, para que, sin menoscabo de la integridad en cuanto á la propiedad del terreno, queden tan sólo reservadas las substancias minerales al dominio eminente del Estado.

Y en efecto; nada más fácil de concebir que este concierto, según el cual la integridad de la propiedad del terreno no pone obstáculo á que queden fuera de la acción del propietario substancias determinadas, como son las substancias minerales susceptibles de concesión; ni nada más evidente también que, ante la imposibilidad de trazar por límite fijo en materia de propiedad dicha separación entre el suelo y el subsuelo, queda la utilidad de esta separación reservada únicamente para la explotación, que es donde precisa no olvidar las condiciones in-

dispensables para la seguridad de la superficie, ya sea plantaciones, edificios ó poblaciones lo que en la misma exista, así como para el fomento ó desarrollo de los minados que exijan la extracción ó explotación de las substancias minerales.

De otro modo, casi podría afirmarse que lo dispuesto en el art. 6.° del mencionado Decreto-ley estaba en abierta oposición con lo prevenido en el art. 9.°; y si, por consiguiente, es indispensable buscar la armonía entre las disposiciones de una ley en vez de aceptar su abierta contradicción; y por otra parte, si apoyan dicha armonía, no sólo nuestra constante legislación en materia de minas, sino también la necesidad de no atentar al derecho de propiedad del terreno y la posibilidad consiguiente de alcanzar también sin atentado alguno la propiedad que al Estado ó sus concesionarios corresponda, para el fomento ó desarrollo de la riqueza minera, se comprenderá con cuánto mayor motivo es indispensable que aquella armonía inspire la verdadera inteligencia del art. 6.° del Decreto-ley de Bases, y que toda idea ó concepto divisorio entre el suelo y el subsuelo quede jurídicamente reservado para el régimen de la explotación ó aprovechamiento minero, y no para la determinación del derecho de propiedad del terreno en que se hallen los yacimientos ó depósitos de las substancias minerales.

He aquí, sin duda, lo que por tanto tiempo retardó la redacción del proyecto de una ley de minas, presentado, por fin, por el Gobierno al Parlamento; pues ya he indicado hace poco cuáles fueron también las circunstancias del referido proyecto que han seguido perpetuando aquella interinidad á que se intentaba poner término.

Con anterioridad á dicho proyecto se hacía preciso rectificar, para la ley definitiva de Minas, todo lo que en el Decreto-ley de Bases podía parecer atentado contra el derecho de propiedad; y si á pesar de haberlo conseguido,

prescindiendo ya en el referido proyecto de las disposiciones que al intentar la separación entre el suelo y el subsuelo privaran de la propiedad de este último al propietario del terreno (artículos 5.° y 6.° de dicho Decreto-ley), no logró todavía la legislación de Minas el estado definitivo para el que se formulaba aquel proyecto; sabido es, según se ha manifestado también, que esto habrá sido sólo consecuencia de no haber aceptado francamente en materia de explotación minera el principio de libertad proclamado por aquel Decreto-ley, como corolario obligado de la propiedad con que trató de sustituir el sistema antiguo, que sólo otorgaba el aprovechamiento precario de las minas.

Natural, y más que natural indispensable era, para una ley que se proponía establecer una verdadera propiedad en materia de minas, no atentar, ni aun en apariencia, á la propiedad territorial.

Por no haberse tenido presente esta necesidad, puede decirse que surgió la desconfianza contra el régimen establecido por aquel Decreto-ley.

¿No era lógico que se mirara con recelo un derecho de propiedad que empezaba por atentar contra la propiedad misma? ¿Pero había de ser esto, sin embargo, motivo para abandonar en absoluto la libertad que para la explotación de las minas debía llevar consigo el derecho de propiedad en minería?

Este era y ha seguido siendo el problema de esta importante materia; problema que si al parecer ha resultado complicado por el indicado error en que se incurrió al proclamar la propiedad minera en 1868, es en verdad sencillo por todo extremo si se tiene en cuenta la verdadera distinción jurídica que existe entre el derecho de propiedad en minería y la libertad para la explotación minera.

Claro está que ambos elementos están íntimamente

relacionados, al punto que puede afirmarse sin reparo que dicho régimen de libertad en la explotación sería poco menos que imposible si la propiedad minera no pudiera establecerse. ¿Mas es, por ventura, imposible establecer la propiedad minera sin atentar á la propiedad territorial? Ya sabemos que ni es esto necesario, pudiendo y debiendo ser constituída la propiedad minera mediante la referida solución de armonía en que la propiedad de las substancias minerales no es incompatible con la integridad de la propiedad territorial, ni falta ya en el régimen histórico de esta legislación una muestra como la del mencionado proyecto presentado á las Cortes en 1879, por el cual, resolviéndose esta primera parte del importantísimo problema anteriormente indicado, llegóse á reconocer que en materia de propiedad minera, ó por mejor decir, del dominio de las substancias minerales, cabría perfectamente aceptar el principio que inspiró el Decreto-ley frente al antiguo sistema, sin necesidad de reproducir las disposiciones que contenía en sus artículos 5.° y 6.°

Pues si la propiedad en minería puede y debe ser establecida, ¿por qué no se aceptó también el criterio de plena libertad en la explotación ó laboreo de minas, para llegar de esta suerte al criterio legal definitivo que es menester sustentar en esta importantísima materia?

No puedo atribuirlo á otra causa que á la referida desconfianza con que se miró la reforma de 1868. Hubo en ésta el mal acuerdo de establecer una propiedad que al nacer hería á otra; pero hubo igualmente en el proyecto de 1879 el mal acuerdo también de rechazar la consecuencia necesaria del principio que se aceptaba; en una palabra, de no aceptar con franqueza la libertad en la explotación y laboreo, cuando se aceptaba en principio la propiedad de las minas.

Si el proyecto de 1879 tuvo de bueno afirmar esta pro-

piedad purgándola de toda amenaza ó atentado, la reforma de 1868 tuvo de bueno afirmar la libertad en la explotación ó laboreo, mostrándose tan lógica como confiada en la virtud del derecho de propiedad minera que comenzó por proclamar.

Pero si las indicadas ventajas de una y otra reforma, acogidas aisladamente, no condujeron desde luego á una solución definitiva á causa de los indicados defectos de una y otra y complicando el problema, han perpetuado la interinidad de que hoy mismo se lamentan todavía los Poderes públicos; claramente revela este sencillo análisis de las ventajas y de los errores de semejantes reformas, que lo único indispensable consiste en rectificar éstos y aceptar aquéllas no aislada, sino conjuntamente, para que con la propiedad minera proclamada en 1868 y la armonía de dicha propiedad con la territorial reconocida en el proyecto de 1879, y acogiendo en estas condiciones de armonía la libertad en la explotación ó laboreo de minas sin los resabios con que intentó volver dicho proyecto á las restricciones de las leyes de 1859 y 4 de Marzo de 1868, fundadas en un sistema distinto del de propiedad en esta materia, desaparezcan las amenazas y se disipen los recelos, entrando de lleno la propiedad minera en el estado definitivo que, á mi juicio, puede conseguir por las disposiciones del Proyecto que acompaño, ó las que se estimen más acertadas dentro de los indicados principios en que he procurado inspirarme.

***

Varias son, para la realización de este trabajo, las reformas que me he visto en la necesidad de introducir en la legislación vigente acerca de esta materia.

Reducir, ante todo, á dos grupos la clasificación de las substancias minerales que en el Decreto-ley de Bases

aparecen divididas en tres grupos, ateniéndome en esta modificación, de carácter esencialmente técnico, á la que ya el Gobierno, de acuerdo con lo informado al efecto por la Junta Superior Facultativa de Minería, había propuesto á las Cortes en el proyecto de 1879, pero sin retrogradar en parte á las substancias mineras, que ya por el Decreto ley habían sido reconocidas (art. 8.°) como de propiedad del dueño del terreno para explotarlas libremente ó ser, en su caso, expropiado si, estimándose de utilidad pública semejante explotación, él no se prestaba á realizarla; establecer como medio de respetar en la propiedad del dueño del terreno las substancias minerales de que intentaba privarle el referido proyecto, que continuara respecto de ellas la posibilidad de acudir á la expropiación forzosa, para aprovecharlas cuando por él no fueren utilizadas, aunque sin perjuicio siempre de reintegrarse en su propiedad por abandono de la explotación concedida en tan especiales circunstancias; sustentar, en general, la concesión de las substancias minerales, no en razón de alguna determinada, sino abarcando todas las susceptibles de concesión en el perímetro de las respectivas pertenencias demarcadas, sin otra excepción, respecto á dicha doctrina general, que la de las concesiones que necesiten previa expropiación (art. 1.933 del Proyecto), las cuales, por lo mismo, han de concretarse á la substancia mineral determinada que motiva la declaración de utilidad pública para su respectiva explotación; reservar únicamente para las condiciones del laboreo ó explotación minera, en lugar de referirla á la determinación de las substancias minerales, la utilidad jurídica de toda separación entre el suelo y el subsuelo; señalar, de esta suerte, la necesidad de adquirir el minero el dominio de la superficie para la explotación y beneficio de las substancias minerales objeto de la concesión que se hallen en el suelo, fijando á la vez las dimensiones á que, según las circuns-

tancias, haya de extenderse la respectiva expropiación y las condiciones con que en tal caso haya de llevarse á cabo; unificar el proceso administrativo en todo lo relativo al reconocimiento de terreno franco, demarcación de pertenencia minera y otorgamiento de las concesiones de propiedad, procurando á la vez deslindar en este punto, de la exclusiva incumbencia de la Administración pública, los límites que separen la función de los Gobernadores de provincia de la correspondiente al Gobierno, y en su caso á la jurisdicción contencioso-administrativa, para fijar de este modo al propio tiempo los recursos utilizables para la debida eficacia de los derechos de los interesados en la concesión de que se trata; amparar la libertad en el laboreo ó explotación de las minas de modo que la función administrativa, en materia de policía minera, se contraiga debidamente, en el Reglamento correspondiente á su régimen, tan sólo á la salubridad de las minas y seguridades de las labores mineras, pudiendo por lo mismo hallar dicha libertad y demás derechos del propietario la debida protección en los Tribunales de justicia, sin otros límites, respecto á la explotación y á la marcha ó progreso del laboreo, que los derechos concernientes á la sanidad y seguridad referidas; simplificar el procedimiento en las reclamaciones referentes á las indemnizaciones por los daños causados en el beneficio de minerales, prescindiendo al efecto de la actual función administrativa, que al fin se reduce, como es sabido, y aun con carácter provisional (Decreto de 18 de Diciembre de 1890), á una mera intervención en el procedimiento de avenencia y fijación de la cuantía correspondiente, que después de todo ha de hacerse efectiva en forma judicial; completar lo relativo al fenecimiento de los expedientes y caducidad de las concesiones mineras, precisando sus causas determinantes y estableciendo formas que ni se presten al abuso ni dejen de amparar

los derechos de los interesados hasta el momento en que resulte ineficaz la concesión ó se realice su transferencia por adjudicación en subasta pública; armonizar con los derechos de la Hacienda y las facultades de la administración los de los interesados en la propiedad de las minas, en las reclamaciones ó litigios contra sus poseedores, cuando la actitud de estos últimos pueda provocar la caducidad ó la transferencia obligada de las respectivas concesiones; y desenvolver á este tenor otros varios puntos que con ocasión de los indicados presenta, aun actualmente, materia tan compleja como la propiedad minera; son las principales reformas ó modificaciones que he creído necesario introducir en el conjunto inarmónico de la legislación vigente acerca de esta materia, según puede verse por el contenido de los artículos del Proyecto que acompaño que se ocupan de cada una de ellas, para conseguir, conforme hacía presente, no sólo la unificación indispensable de dicha legislación, sino la afirmación necesaria de los principios que, introducidos ya en la trascendental reforma de 1868, necesitaban desarrollo y complemento, como ya entonces reconocía por lo prevenido en su art. 32 aquel mismo Decreto-ley. Así se formula, como digo en el Proyecto en la parte que se ocupa de la propiedad de las minas, cuyo sólo epígrafe demuestra ante todo la necesidad de fijar un concepto que hasta ahora es completamente indeterminado en nuestra legislación y cuyo sentido puede por lo mismo ser variable, ya se trate de su utilidad jurídica con relación á las substancias que constituyen su contenido, ya de aquélla con referencia á su posición en el espacio, ya de la misma en atención á la legislación civil ó administrativa y á la inteligencia que éstas merezcan á los respectivos Tribunales y autoridades encargados de la aplicación de una y otra.

Cabía, ciertamente, haber prescindido de la calificación

del concepto de minas si, después de todo, las disposiciones del orden civil se hubieran fijado únicamente en las substancias minerales para señalar, respecto á alguna ó varias de las mismas, la pertenencia ó propiedad ó los derechos relativos á su aprovechamiento.

El derecho, sin embargo, no podía prescindir de la forma como naturalmente se presenta esta utilidad, ó por mejor decir, las substancias en que radica. Su situación superficial ó subterránea y su estructura á manera de mero yacimiento ó de criadero, habrá sin duda obligado al legislador á abandonar el criterio de la disgregación, cimentado en la variedad de las substancias que forman el contenido ó la masa del terreno, para fijarse en la unidad que éste, según su posición, facilita al contenido del mismo terreno que en concepto de mina se trata de aprovechar.

De todos modos, sea este ó cualquiera otro el criterio del legislador, al partir de la unidad que implica la mina frente á la diversidad propia de las substancias minerales, es lo cierto que la ley hace descansar en este concepto de unidad, no sólo un objeto de derecho, las minas, sino también una histórica y múltiple legislación acerca de esta materia. Muestra, por tanto, de la necesidad de precisar dicho concepto legal la ofrece el Código civil, entre otros artículos en el 334, núm. 8.°, por el que califica á las minas de bienes inmuebles, y en el 339, donde los reputa bienes de dominio público en tanto no se otorgue su concesión. Mas, á pesar de tan explícita manifestación sobre el carácter de las minas como objeto de derecho, y á pesar de reconocer el Código que su utilidad como tales no depende esencialmente de la substancia natural en que aquélla radica, sino de otras circunstancias que por lo mismo debía haber calificado, cuando se observa, por los capítulos 1.° y 2.° del título 4.° del libro 2.°, que así como en el primero trata de las aguas, en el segundo se ocupa,

no de las minas, sino de los minerales, como si entendiera que la substancia útil no es la mina, sino el mineral, para el cual debiera, en este caso, haber reservado el calificativo ó el valor de bien inmueble ó bien de dominio público que á las minas y no á los minerales atribuyen dichos artículos 334 y 339; es lo cierto que ni aun en la ley especial de minería, á que se refiere el art. 427, que sin duda quiso decir la legislación especial de este ramo, siendo como son sólo bases, no desenvueltas hasta ahora, las que constituyen el contenido de la ley vigente en el mismo, ni tampoco en la legislación anterior, aplicable también en parte (ley de 6 de Julio de 1859, reformada por la de 4 de Marzo de 1868, y Reglamento de 24 de Junio del mismo año), hay posibilidad de encontrar artículo alguno que fije el concepto de lo que legalmente debe entenderse por mina.

Si fuera, como el agua, una substancia natural, nada diría; pero dependiendo su valor de circunstancias que, aunque derivadas de la naturaleza, no son características de un objeto determinado en la misma, no podía menos el derecho de fijar lo que entendía por el objeto *mina* á que atribuye el referido valor jurídico.

No se me oculta la dificultad de hacerlo. Prefirieron, por lo visto, prescindir de ello los autores de las leyes anteriormente mencionadas, y aun los de la ley de Bases de 1868; pero, con acierto ó sin él, resolviéndola en este último caso en la medida posible, era indispensable llenar dicha necesidad jurídica, á menos que el legislador, lo mismo en el derecho común que en la ley especial, se resolviese á prescindir de las minas como objeto de derecho, para atender sólo á los minerales en materia de la propiedad minera.

En este punto, es decir, al tratar de fijar el valor del objeto *mina*, no podía prescindir ciertamente de tener, ante todo, en cuenta las condiciones de esta misma pro-

piedad para la que había de servir, y, por tanto, las formas jurídicas de su utilización y aprovechamiento.

Y digo esto, porque la mina, que, salvo contadas excepciones, lleva el interés del derecho á un terreno difícil de descubrir mientras no se perfore en el seno de la tierra, para fijar así á *prevención* situaciones y relaciones jurídicas derivadas de las mismas, que han de traducirse en un tejido de derechos entre dos elementos subjetivos diferentes mientras el dueño de la superficie no lo sea del fondo ó profundidad, y que sin calificar, por de pronto, las razones ó motivos históricos á que obedecieran, sirvieron de base para proclamar en muchas leyes semejante separación á beneficio de los derechos del soberano y actualmente del Estado, sobre el contenido del subsuelo ó del fondo de la tierra, exige que, en esta materia, la ley se vea precisada á distinguir la superficie y el fondo, como objetos diferentes para el derecho, susceptibles por tanto de apropiación distinta, y, por su situación, precisados á sostener múltiples relaciones jurídicas.

Cualquiera que sea el sistema que se adopte en principio para determinar dicha separación, siempre ha de tropezarse con una dificultad insuperable, si de un modo cierto no se traza la línea divisoria entre estas dos cosas que, unidas por naturaleza, son, no obstante, separadas por el derecho.

Esta separación artificial, esencialmente jurídica, destinada principalmente á descubrir y movilizar la riqueza contenida en el fondo de la tierra, hubo de ser la preocupación mayor que asaltó á los redactores de la ley de Bases de 1868 desde el momento que trataron de caracterizarla por modo definitivo y absoluto, para que en realidad la propiedad minera tuviese un carácter perfecto ó diferente del precario, contingente y provisional que hasta entonces había tenido.

En los últimos párrafos del hermoso preámbulo que

acompaña á dicho cuerpo legal, se hacía notar la necesidad de conseguir la virtualidad debida al desarrollo de las bases, por una ley que con el nombre de policía minera viniera á resolver la serie de conflictos que desde luego se preveían, á consecuencia de la separación indicada aun dentro de los límites, al parecer precisos, en que aquella ley hacía descansar dicha separación entre el suelo y subsuelo.

Pero ni las bases se han desenvuelto por ley alguna inspirada en sus principios, ni la prometida ley de policía se ha dictado, ni era fácil dictarla sin el desarrollo de las bases referidas, con cuyo motivo se habrían forzosamente descubierto las dificultades que había de ofrecer el traducir en fórmulas jurídicas la doctrina de las mismas bases.

La separación establecida por éstas entre el suelo y el subsuelo era fácil decretarla cimentándola en un elemento movible é indeterminado, como el alcance ó extensión del trabajo, como muestra de la intención del propietario de la superficie, no habiendo de acompañar el desarrollo inmediato de semejante criterio. Aun así se echa de ver, desde luego, la contradicción interior que resulta de las mismas bases al considerar que, mediante la cesión que se decreta en favor del propietario de la superficie, respecto á algunas de las substancias comprendidas en las secciones en que legalmente se dividen las substancias minerales, los derechos del propietario de la superficie alcanzan una extensión indefinida en el subsuelo que ha de constituir límites frente á la utilidad de las demarcaciones mineras, á menos de admitir que aquella cesión es inútil ó que desaparece por la demarcación subterránea, ó que no hay términos hábiles para fijar su extensión, ni para obtener en forma de indemnización la utilidad correspondiente en caso de expropiación.

De nada sirve que ia ley de Bases hiciese descansar la armonía entre los derechos del propietario del suelo y del

subsuelo en el principio de la indemnización por expro piación; pues esto, que podría ser una verdadera solución, si la separación del suelo y del subsuelo estuviese bien determinada, y además regulada de un modo limitado la acción jurídica del dueño de la superficie sobre el subsuelo demarcado ó por demarcar, no lo es en una legislación como la de Bases, que deja indeterminada la separación entre el suelo y el subsuelo, que con la cesión absoluta de ciertas substancias minerales al dueño de la superficie aumenta considerablemente para el caso de expropiación la utilidad indemnizable, si no ha de convertirse semejante cesión en un obstáculo insuperable contra el demarcador minero, y que, por otra parte, deja expuestos constantemente, por la indeterminación antes referida, los intereses rústicos ó urbanos de la superficie, á causa de las labores ó perforaciones casi superficiales que emprendiese en el subsuelo el concesionario de una mina.

Sin duda por esto la legislación anterior (leyes de 1859 y 1868) creyó indispensable no limitarse al principio de la indemnización, sino acogerse también al principio de la fianza como medio de aquilatar las relaciones que habían necesariamente de surgir entre el dueño de la superficie y el concesionario, por entonces, de algún aprovechamiento minero. No bastaba indemnizar, era indispensable al mismo tiempo garantir; dos cosas inherentes á dos elementos distintos. La expropiación para lo que se adquiría, la garantía para lo que había de quedar como pertenencia del propietario del terreno superficial.

Pero como á pesar de esto no resultaban determinados por aquella legislación los distintos elementos que habían de ser objeto de aquella garantía ó fianza, puesto que los daños *causados* por la expropiación debían formar parte de la indemnización á ésta correspondiente, y sólo quedar incluídos en la garantía ó fianza los daños *posibles* de las labores mineras ó del beneficio de los mine-

rales, se ve claramente que, aunque aquella legislación reconocía la necesaria adopción de dos elementos distintos (la indemnización y la fianza) como medios de armonizar las relaciones entre los derechos establecidos sobre el suelo y el subsuelo, no por esto carecía dicha legislación de verdadera indeterminación en sus aplicaciones, por falta del deslinde que trazase hasta donde, en dirección á la superficie, podían alcanzar las labores del minero; pues desde luego se comprende que si aquella fianza, para ser salvaguardia de los derechos del superficiario, había de alcanzar á todo el daño posible, y esto como medio de afirmar la absoluta libertad del minero en sus labores, habría resultado necesariamente una situación imposible por la cuantía considerable que, bajo este respecto, habían de tener los desembolsos previos exigidos al concesionario, además de ofrecer el carácter contradictorio de estancar, en forma de fianza, el movimiento de una riqueza igual al valor de la propiedad rústica y urbana.

No pudo ser por esto, á buen seguro, el propósito del legislador; y aparte de las dificultades referentes á la fijación de la fianza y sus contingencias, por la necesidad de hacerlo al parecer en vía administrativa, de todos modos había de resultar la completa inseguridad de los derechos incuestionables del dueño de la superficie, á menos de admitir que la demarcación minera implicara respecto á éste la negación de su libertad para variar por construcciones ó plantaciones, etc., el estado de su finca, ó la necesidad de rectificar ó variar las condiciones de la fianza al compás de los cambios ó transformaciones que en uso de su libertad hiciera el dueño del suelo.

Se imponía, por tanto, el deslinde. Intentólo la ley de Bases, pero ya hemos indicado que, aparte de sus ostensibles contradicciones, la misma ley reconocía su insuficiencia, fiando salvarla por su desarrollo en la ley de Po-

licía minera, para resolver los conflictos jurídicos que aun dentro de sus disposiciones necesariamente habían de resultar.

Al traducir, pues, en el Proyecto lo referente á las minas y á su propiedad, aun cuando fuera preciso, respecto de algunos puntos, prescindir de aquella ley de Bases, correspondía, no obstante, atenerse á ella, siquiera como punto de partida, á fin de buscar las soluciones que sirvieran para armonizar dentro de su doctrina la separación de derechos y la separación de cosas entre el suelo y el subsuelo, soluciones que aparecen en el Proyecto en las dos referidas partes en que se ocupa de la clasificación de los bienes por lo que interesa á la determinación de las minas, y de la clasificación de la propiedad por razón de la especialidad de su objeto, en cuanto concierne á la propiedad de las mismas; debiendo hacer notar igualmente, con referencia al mencionado art. 426 del Código civil, reproducción del 10 de la ley de Bases para la legislación minera, y ajustado en general al 8.º de las leyes de 1859 y 1868, que dicho artículo del Código carece propiamente de verdadero valor práctico ó de aplicación, si se tiene presente la definición que de los bienes de dominio público contiene el art. 339, siendo como son expresamente calificados de *propiedad privada* por el art. 340 del mismo cuerpo legal todos los bienes pertenecientes al Estado en que no concurran las circunstancias expresadas en el art. 339; pues, dependiendo el valor de lo dispuesto en el art. 426 de la existencia de terrenos de dominio público, que son precisamente las cosas en que puede hacerse uso de los derechos consignados en dicha disposición, resulta, según los artículos anteriormente citados, que no hay tales terrenos, en cuyo caso es inútil el artículo 426, ó que habrían de quedar á merced de cualquiera que pretendiese inutilizarlos, los caminos, canales, fortalezas, etc., á menos de suponer que sólo en los

torrentes secos ó en las riberas del mar sea donde quepa ejercitar el derecho de descubrir minerales. El Código, sin duda, al tratar de los referidos artículos de las leyes de minería, se olvidó de la modificación de carácter limitativo que al concepto de bienes del dominio público había establecido dicho art. 339, dando lugar á que en el nuevo cuerpo de derecho civil resultara el contrasentido expresado, que no lo era, por la indeterminación legal de aquel concepto en la legislación anterior.

CAPÍTULO III

De la propiedad intelectual.

Artículo 428. — Por la sola lectura de este artículo se descubre desde luego que, si ciertamente sintetiza, en un sencillo enunciado, el vasto contenido de la propiedad literaria, su misión en el Código ha sido más bien supletoria de la clasificación de los bienes que determinadora del régimen de la referida propiedad.

Hasta llegar á este artículo el Código no había dado á conocer que las obras literarias, científicas y artísticas fueran objeto de derecho ó bienes, en una palabra, susceptibles de servir de materia útil en alguna relación jurídica.

Para llenar esta deficiencia de la clasificación, de que se ocupa el título 1.º del libro 2.º del Código, se creyó sin duda necesario consignar, en la forma en que aparece en el artículo de que me estoy ocupando, que también tienen la consideración de bienes las obras literarias, científicas ó artísticas, aunque así se exprese sólo con referencia á lo que es objeto del derecho del autor, en que encierra dicho artículo todo el contenido de lo que el Código llama propiedad intelectual.

Sensible es, sin embargo, que al suplir de esta manera

aquel defecto de la clasificación de los bienes no se decidiera el Código á hacerlo, como correspondía, procurando señalar las condiciones jurídicas de dichas obras para ser calificadas como tales.

A juzgar por el art. 428, el concepto jurídico de obra literaria, científica ó artística habría de buscarse fuera del orden del derecho; pues, á poco que se observe lo prevenido en el artículo siguiente, se ve que sólo se remite á la ley de Propiedad intelectual, cual si ésta determinara únicamente las personas á quienes pertenece el referido derecho de autor, la forma de su ejercicio y el tiempo de duración, y no tratara para nada de las cosas sobre que recae la mencionada propiedad.

Afortunadamente la ley denominada de Propiedad intelectual no carece de este otro elemento jurídico. Comprendió, sin duda, mejor que el Código que, para poder tratar de la propiedad de las obras científicas, literarias ó artísticas, debía, ante todo, consignar cuáles eran estas obras y en qué consistían.

Esta agrupación del elemento sustantivo y del esencialmente formal, ó sea su propiedad, se comprende fácilmente tratándose de una ley especial que ha de completar en el derecho, en cada uno de estos órdenes, lo que constituye el objeto ó materia de la especialidad de la referida ley.

Pero tratándose de un Código, lo menos que podía exigir su debida ordenación, para presentar siquiera con la separación que corresponde los bienes y su propiedad respectiva, en una palabra, lo sustantivo y lo formal, era que en la clasificación general de los bienes hubiera incluído las obras que menciona el art. 428, y se hubiese remitido también acerca de ellas, para su calificación y clasificación correspondiente, á lo que acerca de las mismas se hallaba ya establecido en la llamada ley de Propiedad intelectual.

Es más; aunque con menos orden, podía haberlo hecho por párrafo complementario en el mencionado art. 428. Lo que no debía hacer era prescindir de dicho punto en este artículo ni remitirse á él en el siguiente 429; pues, encerrando todo lo que encierra en los dos, como si fuera todo lo que según el Código debe estimarse prevenido por la ley de Propiedad intelectual, parece excluir de ésta aquella importante materia de la calificación y clasificación de las obras mencionadas.

Sinceramente he de reconocer que no habrá sido este el pensamiento de los redactores del Código. Su pensamiento fué indudablemente más allá de lo que expresan sus palabras; su propósito, sin duda, era mantener íntegramente en vigor la ley denominada de propiedad intelectual. Y aunque habría sido preferible realizar este propósito incluyéndola en el Código, siquiera para no tener que aceptar como parte integrante de la ley sus prescripciones meramente reglamentarias, evitar las repeticiones y salvar aun las contradicciones que resultan entre estos dos elementos de la legislación acerca de esta materia, bueno es tener presente que aquella deficiencia del Código, que he de atribuir principalmente á defecto de su letra ó de su redacción, no es ni puede ser obstáculo para que, aun cuando se aceptase el criterio de seguir sosteniendo fuera del Código la ley y reglamento referidos, ó se unifiquen sus disposiciones en lo que debe constituir verdadera parte sustantiva ó doctrina de la ley, ó se desvanezcan por lo menos las contradicciones á que hacía referencia.

Artículo 429. — Salvo lo que acabo de indicar en lo relativo á la extensión con que este artículo mantiene como ley especial el contenido de la de propiedad intelectual, puede decirse que sus disposiciones se limitan únicamente á prevenir la vigencia de dicha ley y á establecer con carácter supletorio, en lo referente á las reglas generales

del Código sobre la propiedad, el criterio prevenido ya á este propósito, aunque indudablemente con mayor extensión, por el art. 5.° de la misma ley de Propiedad intelectual.

Nada, pues, tendría que añadir á cuanto dejo indicado en la última parte de las observaciones relativas al artículo anterior, si la tarea de incluir en el Código la mencionada ley sólo hubiera debido limitarse á comprender entre sus disposiciones los artículos contenidos en la misma.

Pero á poco que se fije la atención, respecto á dicho contenido, se observará que la deficiencia de aquella ley ha de ser motivo bastante para que la referencia del Código haya de considerarse necesariamente extensiva al reglamento, porque en él se contienen disposiciones características de principios fundamentales en materia de propiedad intelectual, que debían venir incluídas en la ley para ser desenvueltas ó desarrolladas en la parte reglamentaria. Es más, puesto que con igual motivo se observará también una notoria falta de orden, consignando como consigna dicha ley preceptos que debían formar parte del reglamento, y por lo cual puede comprenderse igualmente que sólo por la inclusión de esta materia en el Código cabe alcanzar la unificación de dichos dos elementos, el legal y el reglamentario, además de completar lo actualmente vigente con otras disposiciones que regulen lo referente al derecho internacional en este punto, lo relativo á los efectos del período previo á la caducidad de la propiedad intelectual, lo que acerca de ésta se establece para la sucesión en el derecho de los autores é igualmente para la garantía de dicha propiedad, aun sin haber precedido la publicación de las obras á que hace referencia.

Si tratándose de una ley especial se comprende la amalgama de preceptos ó disposiciones relativas á institucio-

nes distintas, aunque correspondientes todas á una misma materia, porque en la ley especial no se informa una institución determinada, sino más bien toda una legislación ó monografía legislativa, donde se reune lo civil, lo penal, lo documental ó probatorio por Registro, lo procesal, así en cuanto á la jurisdicción como también en ciertos casos, en lo relativo al trámite ó substanciación; cuando por un Código se establece el régimen de una materia jurídica, su desenvolvimiento ha de ajustarse sucesivamente al de las distintas instituciones de que el Código se ocupa, acomodándose en cada una de ellas á la parte que á la misma corresponde.

Por esto la llamada ley de Propiedad intelectual, que, al parecer, más bien que un ramo de legislación, se propone desenvolver sólo la institución de la propiedad en lo relativo á las producciones de la inteligencia, incurre propiamente en el defecto de dar á su desarrollo un alcance superior á los límites de la institución que, según su nombre, está llamada á regular; y he aquí por qué indicaba que, al incluir en el Código dicha ley especial, no he podido menos de atenerme á lo que según su propio nombre constituye su particular objeto, á fin de verificar semejante inclusión al tratar de la institución de la propiedad, reservando para el libro que se ocupa de los medios probatorios lo referente al Registro de la misma, aun en lo peculiar á dichas producciones, prescindiendo de todo lo que contiene con carácter meramente transitorio y de lo que necesariamente haya de ser, en su caso, asunto de la legislación penal y de las leyes procesales.

También en materia esencialmente civil, é independientemente de lo relativo al Registro, la incorporación en el Código de la llamada ley de Propiedad intelectual exigía modificaciones importantes.

Ante todo, era indispensable la ordenación de su doctrina sobre la base de la unificación de cuanto contiene,

respecto al derecho de propiedad, tanto la ley como el reglamento.

No menos necesario era, según se ha dicho, completar lo que previenen, así en materia internacional como en la de caducidad de la propiedad de que se ocupan; y como además se hacía preciso salvar algunas contradicciones que se observan en sus preceptos y suplir deficiencias cual la que antes indicaba, relativa á los derechos sucesorios de los autores, he procurado hacer á este propósito las modificaciones indispensables, que pueden fácilmente descubrirse por la sola comparación entre el contenido del proyecto que acompaño y el de la ley y reglamento de la llamada propiedad intelectual, como exigencia de la revisión del Código, y por tanto de la misma ley y reglamento, al hacer, como á mi juicio corresponde, la incorporación de esta materia ó doctrina jurídica en el nuevo cuerpo legal.

He de recordar, no obstante, que como el criterio legal, y á mi juicio acertado, respecto á la propiedad intelectual, consiste en que ésta se determine por la concepción ó la creación de la inteligencia, siempre que se exteriorice de algún modo por el que, como expuso el art. 2.° del Reglamento de 10 de Enero de 1879, tenga lugar la *realización*, además de la concepción, de alguna obra científica ó literaria, ó la *ejecución*, además de la creación, de alguna obra artística, para poder adquirir, á título de autor la propiedad referida, no he podido menos de prevenir lo necesario para evitar que los indicados hechos, de realización y ejecución respectivos, pudieran tomarse como sinónimos de la publicación, ya que por ésta se caracteriza la apropiabilidad de las producciones intelectuales, al ser posible por alguno de los medios ó procedimientos señalados en el art. 54 de dicha legislación. Es menester apercibirse contra todo intento de establecer un verdadero divorcio entre la realidad y el derecho, respecto á la

condición de autor, para calificar como tal á aquel á quien no fuere debida la concepción y exteriorización de la idea, siquiera fuese el primero en darla publicidad por alguno de los medios ó sistemas indicados en el mencionado artículo.

Lo que cabe en el orden del derecho es exigir, para el disfrute de la propiedad, el requisito de la publicación, pero no el negar que el autor sea el único que, mediante aquel requisito, pueda llegar á ser, además de autor, verdadero propietario. Aunque la propiedad descansa en la publicación, la condición de autor tiene además otro efecto jurídico, que consiste en impedir que otro pueda hacerse propietario de lo que él ha concebido; efecto jurídico para el cual, independientemente de la publicación, basta la concepción y realización de una obra científica y literaria, ó la creación y ejecución de una obra artística; particulares todos que en la imposibilidad de subordinarlos á una ó varias formas determinadas, como circunstancias ó requisitos de la exteriorización indispensable á todo concepto ó idea para ser apropiado, es preciso respetar, aunque hayan de dejarse entregados á la materia de prueba.

TÍTULO V

De la posesión.

En la parte general de esta obra, destinada á la materia jurídica, de que se ocupa el libro segundo del Código civil, hube de señalar la institución de la posesión como asunto que correspondía eliminar del contenido del mencionado libro. Expuestos quedan allí los motivos por los cuales la posesión no debe figurar entre las instituciones peculiares al derecho de la propiedad. Ni expresa una utilidad de las cosas, ni tampoco alguna manera ó forma jurídica de rea-

lizar su aprovechamiento. Su misión, aunque importantísima y verdaderamente trascendental para la vida de relación, en lo que atañe al movimiento de las cosas, concrétase principalmente á lo que podría llamarse su simple apoderamiento, para personificar, en todo caso, cuanto afecte ó interese á los elementos materiales que, por carecer de actividad libre, no tienen ni pueden llegar á conseguir posición propia en la esfera del derecho. Si bien á primera vista parece que esta función queda atendida por la institución de la propiedad, en cuya virtud se refieren á la persona del dueño ó á la de los demás propietarios los efectos jurídicos que se determinan ú originan en consideración á las cosas, no siempre es factible caracterizar semejante cometido atendiendo á la apropiación ó pertenencia de las mismas, sino que en muchas, y quizá en la mayor parte de las circunstancias, sólo el apoderamiento ó la material tenencia es lo que ofrece condiciones adecuadas para resolver, con la precisión, oportunidad y prontitud necesaria, los problemas jurídicos que relativamente á las cosas provoca la vida de relación.

De la pertenencia á la tenencia aparece en la esfera del derecho una distancia considerable. Aquélla se fija principalmente en la legitimidad del título por el que cabe afirmarla. La tenencia, sin embargo, atiende preferentemente al hecho del apoderamiento en cuya virtud se ostenta la condición de poseedor. La primera caracteriza una situación ó estado de permanencia en lo que podría denominarse la vida jurídica de la cosa; en cambio la segunda, por fundada que resulte en algún título, al parecer suficiente, siempre ha de contenerse en los límites del mejor derecho á la posesión ó de algún derecho de verdadera propiedad.

Esta circunstancia, por sí sola, revela claramente que la posesión es algo independiente del derecho de propiedad; algo cuya respectiva naturaleza le señala, entre las

instituciones del derecho privado, lugar distinto del que en el Código civil corresponde al tratado de los bienes ó del objeto de derecho; y algo que, por lo mismo que ni consiste en alguna clase de utilidad de las cosas, ni en alguna forma de su aprovechamiento ó sujeción, no cifra su eficacia jurídica en algún título preestablecido, sino que descansa esencialmente en el hecho de su determinación para promover de esta suerte el título posesorio, susceptible, según las circunstancias, de muy diversos efectos, necesitando tratarlo entre las instituciones cuya materia ó base fundamental arraiga en los hechos mismos y cuya finalidad estriba en el establecimiento ú origen de los títulos de derecho.

No he de repetir ahora lo que sobre esto queda manifestado en la Parte general. Por encontradas que parezcan las diversas opiniones referentes á la naturaleza de la posesión y á la necesidad social á que responde su verdadera función jurídica, es lo cierto que precisa desde luego reconocerla como una relación originaria de derechos y no como expresión de éstos en lo tocante á la situación ó estado de dependencia de las cosas ó al modo ó forma de utilizarlas. Desde el momento que un Código se ocupe especialmente de los hechos ó relaciones que caracterizan, entre éstos ha de venir comprendida la posesión como institución jurídica, y, por supuesto, á reserva de regular de esta suerte lo concerniente á su naturaleza, á su misión y á sus efectos.

Sólo la exigencia que representaba para los redactores del Código civil el contenido de la base 11.ª de la ley en que se formularon las bases para la redacción de dicho Cuerpo legal, permite descubrir el motivo fundado de la inclusión de la posesión en el libro (el 2.°) destinado á tratar de los bienes y de la propiedad.

Debiendo estimar aquélla ó definirla en el sentido que dicha ley denominó concepto absoluto ó emanado del do-

minio y unido á él, era lógico llevarla al tratado de la propiedad, y muy señaladamente para un Código en que ésta se toma, aunque impropiamente, por sinónima de dominio. No era cosa de separar de éste lo que la ley prevenía fuese considerado como su derivación. Pero las prevenciones de alguna ley no dejan de ser de difícil ó imposible realización si, aun cuando provistas de su autoridad, no se ajustan á la realidad en que principalmente la misma ley ha de buscar su prestigio. De otro modo, necesariamente han de resultar letra muerta, y esto es lo que probablemente hubo de suceder, al observar que en el Código se llegara á prescindir de la mencionada base.

No he de discurrir sobre el error de confundir la posesión con el dominio, siquiera fuese en los límites de presentarla como su emanación ó sus efectos. Tampoco he de hacerlo sobre los motivos de haber prescindido el Código de aquella prevención equivocada. Basta haber indicado el hecho, porque éste revela, desde luego, que si en el orden del Código había de corresponder á la posesión el lugar que se le asignó en atención al criterio de la ley de Bases, semejante solución únicamente podía mostrarse justificada cuando, con acierto ó sin él, hubiera podido formularse el criterio referido.

CAPÍTULO I

De la posesión y sus especies.

Desde sus primeras palabras descubre la deficiencia de este enunciado el articulado que comprende este capítulo. En vano se busca el criterio del Código acerca de la posesión. No desconozco la dificultad de precisarlo, cuando tan diversas son las opiniones sustentadas acerca de su naturaleza y tantas las dudas originadas, aun en los tiempos en que presidía el criterio adoptado en la legislación romana.

Pero si los redactores del Código se hubieran fijado en el propio sentido á que responde la doctrina del art. 447, en el que explícitamente se reconoce á la posesión la función peculiar del *título* para la adquisición, á buen seguro que no habrían dejado de consignar el concepto de la posesión, aun cuando les hubiera parecido incompatible en cierto modo con la referida prevención de la ley de Bases para estimarla como efecto del derecho dominical. Fuera por esta causa ó porque creyeran del caso atenerse, en lo relativo á la clasificación, al precedente de las leyes de Partida (la 2.ª, título 30 de la Partida 3.ª), que distingue la posesión en natural y civil, según así lo establece también el art. 430 del Código, es lo cierto que el presente capítulo nada contiene acerca del concepto de la posesión, no obstante ser el punto en el cual debía haber tenido su fundamento, no sólo su lugar en la estructura del Código y su sistema de exposición de la materia jurídica que comprende semejante institución, sino también lo que interesa á sus especies ó formas de manifestación, que viene á ser casi el único asunto á que se contrae el capítulo y al que se refiere exclusivamente el primero de sus artículos.

Artículo 430.—Si bien este artículo sustenta en su denominación aquella clasificación á que dieron cabida las leyes de Partida, no puede afirmarse, sin embargo, que la haya formulado de igual suerte. Como si luchara con la indicada necesidad de cifrar, según la ley de Bases, un concepto posesorio en la eficacia del dominio, cual si cupiera atribuir, sin obstáculo para la vida práctica, dos conceptos distintos á una misma institución, hubo sin duda el Código de caracterizar la posesión civil por la propiedad cimentada en la voluntad ó intención del poseedor. La pertenencia intentada, la propiedad presunta, el propósito de llegar á ser dueño con buena ó con mala fe, en una palabra, el ánimo de ostentar errónea ó abusivamente la

condición de propietario, se reserva por el Código para la llamada posesión civil, como si la denominada natural careciese de efectos civiles ó de eficacia en el derecho, ó aquéllos fueran únicamente posibles para la posesión cuando ésta significara, por la intención del poseedor, pertenencia ó propiedad de la cosa poseída.

Bien se comprende que esta señalada circunstancia, lejos de constituir un elemento susceptible de calificar á una clase ó manera de posesión, equivaldría más bien á proclamar un nuevo título ó manera de adquirir la propiedad, es decir, estar fundada exclusivamente en la intención ó voluntad del tenedor de la cosa, ya la tuviese real ó corporalmente en su poder, ya estuviese á su disposición, aunque él mismo no se hallase materialmente apoderado de ella.

Si pues no ha de confundirse la relación posesoria con lo que sólo interesa á la pertenencia ó facultad de utilizar las cosas, ni ha de negarse valor jurídico á la posesión llamada natural, en cuyo sentido, tan civil ha de ser esta como la designada como tal en el artículo de que me estoy ocupando, aun cuando así resulte más bien nominal que positiva la distinción establecida en dicho artículo; si es, en fin, indispensable, como lógicamente se comprende, que la variedad de términos ó especies de alguna institución no traspase los límites peculiares de la esfera que la misma caracteriza y muestre en todas sus manifestaciones lo que es esencial á su respectiva naturaleza, ni ha de aparecer contrapuesto en el orden del derecho lo natural y lo civil ó jurídico, ni ha de darse ocasión á que, por prurito de establecer definiciones, resulte una doctrina por cuya ambigüedad ni quepa señalar el elemento llamado natural como base absoluta ó forzosa de toda manifestación de la institución de que se trate, ni sea posible tampoco encerrar la verdadera materia de ésta exclusivamente en el que se califica con el nombre de civil.

Mientras la posesión natural sea eficaz, en tanto determine una situación que se halle regulada por el derecho positivo, es inútil privarla nominalmente de la condición civil inherente á su verdadero valor jurídico. Después de todo, si la posesión acompañada del ánimo de dueño ha de producir especiales efectos, no por esto, como tal posesión, habrá de ser distinta de las demás, sino que su distinción recaerá únicamente en las indicadas circunstancias que constituyen su acompañamiento y en consideración á las cuales produzca sus diferentes efectos.

Por esto, si la referida distinción de la posesión en natural y civil es fácilmente comprensible, según la legislación de Partida, que sin salirse de la esfera meramente posesoria trató de presentar, en cierto modo, la diferencia entre el apoderamiento de hecho ó material y el de derecho ó inmaterial, comprendiendo en este último las diversas situaciones en que, sin la tenencia corpórea, se conserva, no obstante, la acción material ó directa sobre la cosa por los diferentes medios de hacer efectiva la voluntad ó intención de retenerla, ó utilizarla, no puede decirse lo mismo en presencia de la doctrina establecida en el mencionado art. 430 del Código civil, que exige, para la posesión civil, que la voluntad ó el ánimo del poseedor no se contenga en los límites de la intención de tener, retener ó conservar (y por tanto sin prejuzgar nada acerca de la pertenencia ó propiedad), sino que se extienda al propósito de ser ó hacerse dueño de la cosa poseída.

La necesidad del ánimo en el poseedor no exige forzosamente que aquél se tenga en el concepto de dueño. Esta podrá ser categoría indispensable para atribuir á la posesión determinados efectos, pero nunca para que sea verdadera posesión. De otro modo, habría que concluir en que sólo hay posesión cuando se posee como dueño, y olvidar que aun esta circunstancia, precisa para que la posesión sirva de título para adquirir por prescripción, más

bien constituye una presunción *(juris tantum)* emanada del hecho de poseer, que una condición positiva de indispensable prueba para obtener en el derecho sus consecuencias ó efectos. Si al fin el Código había de separarse del criterio de la legislación de Partida en lo relativo á las especies de posesión, si asimismo no había de trazar su concepto genérico ajustándose enteramente á la ley de Bases, aunque á riesgo de confundir la posesión y el dominio, habría sido preferible formular con independencía de los precedentes legales la doctrina peculiar de dicha institución, que escogitar la mezcla ó especie de componenda resultante en el mencionado art. 430 del Código, según el cual, á pesar de hablar de la posesión natural y la civil, es lo cierto que se ignora qué es ó en qué consiste la verdadera posesión.

Después de todo, como decía, tenga ó no el poseedor ánimo ó voluntad de haber la cosa como suya, es indudable que se le presume semejante intención mientras lo contrario no se pruebe, esto es, mientras no aparezca por los propios actos del poseedor ó por sus manifestaciones que su tenencia la realiza á nombre ó en interés de otra persona.

Por diversos que sean los matices que la posesión presente en este último sentido, ya mediante las formas de la representación, ya en virtud del ejercicio de derechos que se tengan sobre la cosa que se posee, fácilmente puede descubrirse si es ó no de interés para el poseedor la tenencia de la cosa, ó si aquél resulta enteramente absorbido por una persona distinta; y todo esto, sin perjuicio igualmente de que no sólo se presuma dicho interés por parte del tenedor, sino que se le repute exclusivo mientras no se demuestre ó justifique lo contrario.

He aquí las bases en que la realidad, de acuerdo con la ciencia, circunscribe la doctrina posesoria, sin que para ello sea indispensable salirse de los límites peculiares del

hecho por el que la posesión se caracteriza ó determina y sin que su trascendencia ó efectos hayan de alcanzar otra virtualidad que la referente á la situación ó estado de las cosas, en cierto modo precario ó de carácter transitorio, como dependiente, por condición originaria, de que no exista ó no se ejercite derecho de propiedad ó no haya otro de posesión de carácter preferente. Esta condición, inherente á toda manifestación posesoria, ya se la denomine tenencia ó posesión natural, ya se la llame derecho á poseer ó posesión civil, concurre lo mismo en el mero tenedor que en el que lo es por representación, ó en virtud del ejercicio de algún derecho, ó con ocasión de reputarse ó actuar como dueño, sin que sea preciso averiguar si en él media ó no el propósito ó intención de tener como suyo lo que posea, toda vez que, á diferencia de la propiedad, en que por la indispensable concurrencia del título sólo cabe afirmarla mediante su justificación, en la posesión, el modo ó la manifestación externa ó visible del hecho de la tenencia, lleva consigo las referidas presunciones, señaladamente defensivas, aunque siempre dependientes de aquella condición que, en todo caso, deja á salvo el derecho de propiedad.

La posesión, pues, no depende en absoluto de la intención. Cualquiera que ésta sea, en realidad, la ley informa una lógica presunción en el mero hecho de tratarse de la tenencia por un ser racional; pero, por supuesto, con la latitud que permite la posible contradicción en la presunción *juris tantum,* y de consiguiente entendiendo que el que posee no sólo quiere poseer, sino que lo quiere en utilidad propia y constante, ó sea en el concepto de dueño.

Todas estas categorías son derivadas, por no decir inherentes al valor jurídico del hecho posesorio, y no porque puedan ceder ante una justificación opuesta han de ser consideradas como características de una posesión

especial, como por ejemplo la civil, según el Código, sino como nota común fundada en el valor racional del hecho que dé origen á la posesión, para atribuir por de pronto todos sus efectos á cualquiera de sus manifestaciones, ínterin no demuestren circunstancias diferentes que destruyan dichos efectos.

Otra cosa sería si hubiera necesariamente de probarse la intención del tenedor de haber como suyos la cosa ó el derecho objeto de su posesión. Aunque esto parezca consecuencia de lo prevenido en el citado artículo de que me ocupo, exigiendo la concurrencia de aquella intención como especialidad de una clase de posesión, no cabe, sin embargo, estimarlo como un requisito indispensable y distinto de los que por sí califican la verdadera posesión; siendo evidente que así habría tenido que reconocerlo el mismo Código, si al fin se hubiera decidido á formular el concepto genérico de aquélla, en lugar de omitirlo para no hacer más patente el valor, más nominal que positivo, de la distinción ó clasificación que establecía.

Por lo demás, aun cuando el mencionado artículo del Código refiera la posesión á las cosas y á los derechos, estimando para aquéllas el concepto de su tenencia, y respecto á los últimos el concerniente á su disfrute, ni estas locuciones son rigurosamente exactas, por más que revelen el propósito de emplearlas como sinónimas, dada la diversa naturaleza de aquellos objetos distintos, ni acerca de éstos consigna el Código doctrina suficientemente clara, según puede comprenderse al comparar con su art. 437 el contenido del que ahora me ocupo. Pues si á esto se agrega la falta de fijeza que igualmente se observa respecto al criterio con que trata de la intención que exige en el tenedor para la posesión civil, y del concepto dueño, por el cual califica una de las dos manifestaciones que admite en la posesión, á la cual atribuye eficacia suficiente para la adquisición del dominio (artícu-

los 447 y 1.941), se penetrarán asimismo el escaso acierto y la confusión que ha resultado en el indicado contenido ó clasificación de dicho art. 430 de nuestro Código civil.

Artículo 431.—Más bien que á la posesión considerada en sí misma, refiérese este artículo del Código al ejercicio ó efectividad de los derechos que produce. De otro modo, ó se referiría á la determinación ú origen de la misma posesión, estatuyendo la doctrina de su adquisición, ó se concretaría á la fijación de su alcance, según las diversas situaciones en que el poseedor ó tenedor puede ser considerado. De lo primero tratan ya otros artículos, como, por ejemplo, el 438 y siguientes comprendidos en el capítulo 2.° de este título, cuyo capítulo se ocupa señaladamente de la adquisición de la posesión; y de lo segundo trata ya igualmente el Código en el art. (432) inmediato al de que me estoy ocupando.

Cualesquiera, pues, que sean las analogías ó conexiones que se adviertan entre el ejercicio de la posesión, su adquisición ó el concepto de la tenencia, es preciso no olvidar, para no apartarse de dicha distribución de la materia en el Código, que, con arreglo á los propios términos del art. 431, su objetivo se limita á precisar las condiciones de su posible ejercicio. Mas es de advertir también que, en semejante terreno, no puede menos de lamentarse el escaso valor práctico de la regla que contiene y la falta de criterio que revela en punto á una materia jurídica tan importante como la capacidad civil y á las instituciones que en ella regulan el ejercicio de la personalidad.

Expuesto fué ya lo referente á este último particular en la parte de esta obra destinada á tratar de las personas ó del sujeto de derecho, ó sea en el libro 2.° de este Proyecto. Aquí sólo, por lo mismo, he de indicar, como decía, el insignificante valor práctico del mencionado precepto, porque fácilmente se comprende que su doc-

trina es solamente el reflejo de un principio general ó de aplicación á todo derecho, para que en su ejercicio quepa lo mismo la propia acción del interesado que la de persona distinta á nombre ó en representación de aquél, bien sea ésta necesaria conforme al régimen de la capacidad civil, bien puramente voluntaria según las reglas del mandato.

En este sentido, decir que la posesión puede ejercerse por el mismo poseedor ó por otra persona en su nombre, equivale á estatuir una redundancia ó formular una exigencia de orden ó de sistema, que llevaría consigo la necesidad de repetir idéntica doctrina para cada clase de derechos, ó cualquiera manifestación de toda institución jurídica, si es que el Código no se propuso traducir por aquella versión algún concepto especial que, ni aparece de sus términos, ni mucho menos atendiendo, según hacía presente, á los de los demás artículos en que se ocupa de dichas materias análogas ó afines. ¿Se propuso, por ventura, declarar que, aunque el poseedor no tenga en su poder la cosa, pueda conservar, no obstante, dicho carácter mediante la tenencia de otro que en interés propio la utilice? A esto más bien parece responder el artículo siguiente (432), sobre todo viniendo como viene comprendida en el de que ahora me ocupo la posesión á nombre del interesado, lo cual arguye la representación y no admite interés distinto del correspondiente á la persona representada.

El interés en la posesión, según sea idéntico ó diverso, entre el poseedor y el mero tenedor, ó sea, según fuere el mismo ó distinto el interés del hecho ó título que motive la tenencia de la cosa ó la posesión sustentada sin necesidad de su apoderamiento, es propiamente lo que, sin duda, se propuso expresar la citada regla del Código, teniendo presente, más bien que el ejercicio de los derechos posesorios, las instituciones jurídicas que entre la

cosa y el poseedor caracteriza la circunstancia de ser idéntico ó diferente el interés del tenedor y el del que sin la material tenencia posee jurídicamente.

Si cuando existe semejante identidad hay verdadera representación ó simple gestión comendaticia que envuelven la función á nombre de otro, no sucede lo mismo cuando, por ser diverso el interés de la tenencia, la posesión se sostiene exclusivamente por la virtud del derecho que condicione el título particular del tenedor.

Aunque en esta última situación quepa la especie de doble posesión que resulta entre la fundada en el hecho del apoderamiento de parte del tenedor y la sustentada jurídicamente en favor de aquel cuyo derecho resulte reconocido por el propio título ó concepto en que se consiga, ó se conserve el referido apoderamiento, no por esto puede afirmarse con exactitud que entre dichos dos interesados el uno posea á nombre del otro, puesto que, en realidad, no existe la representación que ha de ser consecuencia de semejante función, ni la consiente el diferente interés que necesariamente produce la diversidad de derecho.

He aquí probablemente por qué el Código presentó separadamente, por artículos distintos, la materia á que se refieren los 431 y 432, fijando por este último la variedad de concepto en la posesión, en razón de la diversidad de intereses ó derecho que la motive, y reservando, por el primero, la expresión ó reconocimiento de aquella doble situación inspirada en un solo interés ó derecho, y que permite, no obstante, á un mismo tiempo, la tenencia ó acción directa sobre la cosa y la posesión sin ella.

Por esto indicaba que el Código en dicho art. 431 quiso, sin duda, expresar algo que no traducen los términos en que resulta redactado, ya que éstos, refiriéndose como se refieren únicamente al ejercicio de la posesión ó de los derechos posesorios, establecen una doctrina en cierto

modo innecesaria, á menos de repetirla ó establecerla también separadamente para cada institución ó cualquier otra clase de derecho, y ya que probablemente, por oposición á la materia de que se ocupa el artículo siguiente, se propuso consignar que es posible, legal ó jurídica la doble situación posesoria entre el verdadero poseedor y el tenedor; en una palabra, entre la posesión sin aprehensión ó tenencia material, y la determinada por ésta cuando es uno mismo ó idéntico el interés en los hechos originarios de semejante posesión, en cuyo caso surge por parte de uno de dichos sujetos la posesión á nombre del otro.

Así, pues, la posesión de una misma cosa por varias personas movidas por idéntico interés, y aquella en que éstas tienen interés diverso, es lo que en el fondo separa los dos mencionados artículos de nuestro Código civil, y que á dicho efecto pudo motivar la regla consignada en el primero de ellos, puesto que así como la representación en el ejercicio del derecho es nota común á cualquiera de éstos en general, la unidad de la posesión fundada en la singularidad del interés, así en la mera tenencia como en la posesión sin esta última, es asunto que solamente puede tener significación ó importancia jurídica en las instituciones posesorias.

Se dirá, quizás, que la posesión es incompatible entre varias personas si éstas no tienen en común la cosa ó derecho de que se trate; pero la incompatibilidad entre los poseedores, ni es absoluta, ni tan rigurosa como la que resulta entre la posesión de las partes integrantes de una cosa y la posesión de la cosa misma. Esta incompatibilidad en cuanto al objeto no es obstáculo para que respecto al sujeto pueda concurrir pluralidad, en atención á la diversidad de título ó derecho en que se apoye el interés del poseedor ó tenedor de la cosa. El mismo Código civil, no obstante haber querido establecer la doctrina de

la incompatibilidad en cuanto al sujeto en la posesión (artículo 445), hubo de admitir igualmente la posibilidad de que á un mismo tiempo sobrevinieran ó coincidiesen en alguna cosa diversos poseedores ó posesiones diferentes, aun prescindiendo del estado de proindivisión. El mejor derecho á poseer, y en general las cuestiones de preferencia en la posesión, pueden asimismo dar ocasión á dicha pluralidad, y desde luego puede comprenderse que, dada la diversidad de derechos constituídos al propio tiempo sobre una misma cosa, no siempre la posesión es excluyente.

Lejos de ello, son muchas y muy variadas las situaciones jurídicas en que, como ocurre, por ejemplo, entre el usufructuario ó el arrendatario y el dueño, ó bien entre el propietario y el depositario ó el acreedor pignoraticio, la posesión por el uno confirma, sustenta y acompaña á la posesión del otro, pudiendo decirse que, sin dejar de ser una la posesión de la cosa que interesa á varios de ellos ó constituye el objeto material del derecho de cada uno, reviste, no obstante, semejante posesión manifestaciones distintas en cualquiera de los mismos. En tales casos en que uno tiene por el otro, ó en interés de este último, sin concurrir la circunstancia de poseer á su nombre ó en su representación, existe, sin embargo, cierta condicionalidad recíproca en sus respectivos derechos, gracias á la cual la posesión necesaria para el ejercicio del de cualquiera de ellos sostiene y vivifica la posesión en el otro, unidos como se hallan en su derecho respectivo por aquella condicionalidad que enlaza ó armoniza, en la total utilidad de la cosa poseída, el distinto interés particular de cada uno de aquellos que separadamente la poseen. La conjunción en la cosa, gracias al derecho, ó por mejor decir á la forma jurídica en que se exterioriza y particulariza el interés del sujeto, no es óbice para la referida separación de la posesión en cuanto á la persona del posee-

dor; y si bien, para formular legalmente tales fases ó situaciones jurídicas de la posesión, se ha acudido generalmente al medio de distinguir entre la tenencia y la posesión, para separar, de esta suerte, los conceptos posesorios de que trata el art. 432 del Código, es lo cierto que no siempre puede afirmarse con rigurosa exactitud que el usufructuario, por ejemplo, ó cualquiera á quien no corresponda el dominio, sólo pueda reputarse tenedor de la cosa ó derecho cuando en realidad posee aquélla en virtud del derecho que sobre la misma le pertenece y como una necesidad ó condición indispensable para su legítimo ejercicio.

Artículo 432.—A dichos diferentes conceptos en la posesión dedica el Código este artículo. Pero es el caso que la variedad en su tecnología introduce confusión en su contenido, y la falta de precisión de los conceptos que emplea ha de suscitar fundadas dudas para su aplicación.

Después de haber hablado, en el artículo precedente, de la posesión en las cosas ó en los derechos, trata en éste, según dice, de la posesión en los bienes y derechos. Aunque ya tuve necesidad de hacer presente la perplejidad que acerca de este punto se observa en el Código, señaladamente al ocuparse de la clasificación de los bienes, no era de esperar que respecto á una misma institución y entre dos artículos inmediatos se tomaran indistintamente expresiones ó conceptos de muy diversa significación.

Pero aun prescindiendo de averiguar si han de estimarse como sinónimas dichas locuciones del Código "la posesión en las cosas ó en los derechos y la posesión en los bienes y derechos", la perplejidad del precepto aparece también de los términos en que enuncia los conceptos posesorios á que hace referencia, y aun, podría añadirse, respecto al objetivo que persiguiera al consignar dicha disposición. En cuanto á este particular, más bien parece mera abstracción científica que norma jurídica ne-

cesaria ó de verdadero valor práctico. ¿Es que hay empeño en confundir la posesión y el dominio, ó en negar el nombre de poseedor á todo el que no tenga la cosa como dueño? Pues si el mismo artículo establece que esta tenencia es verdadera posesión, ¿á qué viene sustentar dos distintos conceptos de esta última, cuando con mucha mayor precisión fuera tan llano reconocer que, según el diverso interés del poseedor, puede existir la posesión sin la tenencia material, sobre todo si el derecho del que la tiene se halla íntimamente ligado con el de aquel que posea sin la tenencia actual?

Aunque la posesión haya de producir efectos distintos, según las circunstancias en que tenga lugar, no por esto se hace forzoso separar radicalmente los conceptos ó categorías de los poseedores, y mucho menos cuando no ha de llegarse al extremo de negar la posibilidad de prescribir al que no tenga buena fe. Si aquel cuya posesión reconozca por causa ó por condición el derecho de otro puede poseer y posee en interés de éste al mismo tiempo que lo hace también en interés propio, natural es que no pueda conseguir, mediante dicha manera de poseer, la adquisición por prescripción, toda vez que, por efecto esencialmente jurídico, sustenta con su posesión la de aquel que condiciona su derecho, ya en virtud de su título dominical y el subsiguiente contrato de arrendamiento, depósito ó prenda, ya en atención á la reversión ó restitución que ha de llevar consigo el término del usufructo ó de cualquier otra servidumbre personal, así como en razón igualmente del concierto que, en lo relativo á la conservación y tenencia de la cosa, sobreviene entre el dueño y cualquier propietario de algún otro derecho real.

Mas estos efectos, que ya de antiguo se hallaban reconocidos en nuestra legislación (ley 5.ª, título 30, Partida 3.ª), no se fundan propiamente en la circunstancia de ser sólo tenedor ó haber solamente la tenencia de la

cosa ó derecho para su conservación ó disfrute, según indica el mencionado art. 432, sino en la anteriormente referida de afirmar el poseedor, con el ejercicio de su propio derecho (para lo cual radica en él la tenencia de la cosa), el derecho del dueño mismo; pues desde luego se observa que, cuando no existe semejante enlace ó concierto de derechos entre el dueño y el poseedor por concepto diferente; cuando, en una palabra, la tenencia ó posesión resulta en oposición al dominio, en lugar de hallarse en armonía con él, á pesar de mostrarse las circunstancias señaladas en dicho artículo del Código, es decir, tenedor para conservar ó disfrutar y pertenencia del dominio en favor de persona diferente, la prescripción puede perfectamente sobrevenir, y con diferencia de tiempo, lo mismo con buena fe que sin ella.

Por otra parte, ni el concepto de dueño ni el de tenedor de la cosa resultan, en aquel precepto del Código, claramente definidos. ¿Ha de descansar el primero en la intención del poseedor, á semejanza de lo prevenido en el artículo 430, ó ha de cimentarse en la convicción derivada de algún título que sirva de condición para tener buena fe, ó ha de caracterizarse dicho concepto por la estimación pública que se preste al que posee, en tanto no se pruebe que lo haga en concepto distinto del de dueño? ¿Ha de ser dicho concepto resultado de algún hecho interno ó acto de conciencia del poseedor, ó por el contrario, de algún hecho externo ó del público en general? Si lo primero, ¿á qué salvar los límites de la intención ó el ánimo, ó dejar de exigir la buena fe? Y si lo segundo, ¿á qué dejar de concretar semejante concepto en la posesión, á la presunción inherente á ésta, no habiendo prueba en contrario? Pues si se atiende al concepto del tenedor sin exigir del mismo el reconocimiento del dueño, ¿á qué señalar como requisito la pertenencia del dominio en favor de persona diferente, cuando puede suceder que tal pertenencia ó no

exista, ó no sea conocida, ó no se halle definida ó declarada, y cuando, en todo caso, equivaldría en cierto modo á un contrasentido el llamado dominio de un derecho ó del objeto de la tenencia que fuese de dicha clase? ¿Es que el Código, en el mencionado artículo, se ha propuesto distinguir solamente la posesión ejercida por el dueño y la sustentada en virtud de cualquier otro derecho, bien real ó bien personal? En tal caso, ¿qué concepto reserva para el tenedor sin título ó para el poseedor ó tenencia simplemente originada por el hecho posesorio? ¿Ha querido, por ventura, el Código dar á entender que los conceptos á que se refiere el artículo de que me ocupo son peculiares únicamente de la posesión con título? Y si así fuere, ¿lo serán con independencia de la legitimidad ó viciosidad del título, y por tanto de la buena ó mala fe del tenedor?

He aquí cuán pródigo de dificultades aparece, sólo por su redacción, el referido precepto, que, después de todo, viene á ser una declaración abstracta, desprovista en el fondo de positivos efectos para el régimen de la posesión, é innecesaria, además, para condensar la variedad de formas ó situaciones jurídicas que en la posesión quepa ostentar.

Artículo 433.—En este precepto, y á pesar de distinguirse la posesión por circunstancia tan calificada como la buena ó mala fe del poseedor, ya no habla el Código separadamente de la tenencia y la posesión. Refiérese únicamente al poseedor como término común, sin duda, á los dos conceptos enunciados en el artículo que le precede y á cualquier otro que hiciera indispensable la insuficiencia de aquéllos.

Descartando, pues, para los efectos de estas observaciones, toda dificultad ó duda encaminada á ventilar si en la mera tenencia hay ó no verdadera posesión, aun ateniéndose á aquella que subsiste por sí y prescindiendo, por tanto, de la sustentada simplemente por actos potes-

tativos ó de mera tolerancia; y si hay ó no posesión cuando no acompaña la buena fe, particulares todos que esencialmente conciernen á la naturaleza de la posesión, no deja, sin embargo, de ofrecer especial interés el mencionado artículo, tanto en lo que hace referencia á lo que ha de entenderse por buena fe, como en cuanto al sentido en que habla del título ó modo para la adquisición.

Respecto á lo primero, ya varias veces he tenido que hacer notar lo dado que es el Código á presentar un mismo concepto por medio de múltiples locuciones. En esta misma institución ocurre, por ejemplo, entre la tenencia y la posesión; pero en el presente artículo la ambigüedad ó confusión aparece más significada cuando se recuerda lo prevenido en el art. 1.950 del mismo Código, puesto que propiamente resulta duplicidad de definición acerca de igual concepto. Como si al tratar de la posesión no se hubiese caracterizado la buena fe, establece en qué consiste el mencionado art. 1.950 del Código.

Ahora bien: ¿es idéntico el concepto? ó ¿es que el Código se ha propuesto calificar de diverso modo la buena fe para prescribir y la buena fe para poseer? Ni lo uno ni lo otro. Al declarar explícitamente el propósito de establecer ó definir en qué consiste, se ve que se trata más bien de precisar su naturaleza, fijando al efecto sus condiciones esenciales, que ocuparse de sus aplicaciones posibles para señalar, respecto á cada una de éstas, los requisitos que sean indispensables. Por esto no puede menos de considerarse conjuntamente, concertándolas en lo posible, ambas definiciones; pues, aparte de la forma positiva ó negativa que revisten, aparece la trascendencia de su distinto enunciado en su extensión respectiva, que si bien alcanza á todo título ó modo de adquirir, según el artículo de que me estoy ocupando, se concreta únicamente á los traslativos de dominio con arreglo al referido artículo 1.950 del mismo Código.

Semejante restricción, la necesidad, por tanto, de apreciar la buena fe sólo en razón de las causas de transferencia, ¿obedece, por ventura, al criterio de excluir de la posesión todo hecho posesorio ó de tenencia de las cosas provocado por alguna causa originaria? ¿Es que, por ejemplo, la posesión no puede existir cuando se realiza la aprehensión ó el apoderamiento de alguna cosa creyendo, el que así procede, que ésta es *nullius* y que él verifica una positiva ocupación? La circunstancia de mover al poseedor alguna causa susceptible de dar ocasión á un título originario de dominio ¿hará absolutamente imposible la posesión de buena fe, aunque el objeto aprehendido sea alguno de aquellos reconocidos de posible ocupación si no están apropiados?

No es mi ánimo desentrañar los diversos problemas que pueden surgir con motivo de aquella disconformidad que se observa en la extensión consiguiente de dichos dos artículos del Código, no siendo asunto de esta obra formular su comentario. Mi indicación se limita á hacer notar dicha diversa extensión, sostenida por el Código al legislar sobre idéntica materia, para que precisando y principalmente unificando su concepto, cese cualquiera redundancia, si la hubiere, ó se hagan con claridad las rectificaciones que correspondan.

Pues si esto ocurre tratándose de un mismo asunto, la buena fe, ¿qué no ha de suceder en presencia de la equiparación con que el citado art. 433 habla del título ó modo para la adquisición? En este punto puede decirse que el Código refleja una vez más el equivocado criterio con que trata de la posesión, comprendiéndola entre las instituciones del libro destinado á establecer el régimen de los bienes y de la propiedad.

No me refiero, pues, á la confusión que se advierte también en sus preceptos entre el título de derecho ó expresión de la relación jurídica que lo constituye, y el instru-

mento ó documento por el cual se formaliza ó exterioriza en cierto modo la misma relación.

Si el Código hubiera formulado el concepto de la relación jurídica, precisando al efecto su función como elemento de derecho, ó, por mejor decir, como su genuina expresión al concertarse por ella sus elementos constitutivos sujeto, objeto y hecho, á buen seguro que ni el concepto del título habría dejado de corresponder á su propio significado, ni la posesión habría resultado separada de su lugar oportuno, ni confundido el modo de adquirir con la causa y verdadero fundamento de la adquisición.

De la relación, del título, puede decirse que el Código no se ocupa en lo más mínimo, como no sea por la especie de inconsecuencia con que se hace referencia á dichos conceptos jurídicos y se entrega á su apreciación, más ó menos acertada, la virtualidad de los preceptos en que tales referencias aparecen consignadas.

Del modo ocúpase, siquiera, en uno de sus libros, el tercero, aun cuando no sea para determinar en qué consiste y señalar su doctrina general, sino sólo para indicar, como especie de clasificación, las pocas instituciones que designa como modos de adquirir la propiedad. Tarea en cierta manera inútil ó de escasos resultados, fuera averiguar por qué son modos de adquirir las instituciones comprendidas en dicho libro tercero, y no las que contiene el libro cuarto, sin embargo de los términos que, probablemente para excusar semejante inconsecuencia, aparecen al final del art. 609 del Código. Ellos revelan marcadamente la perplejidad ó falta de criterio acerca del expresado concepto general con que enuncia el Código la materia del tercero de sus libros; pero esto mismo demuestra que, por no meditar lo bastante sobre tan importantísimo asunto como el de la relación jurídica, no sólo se ha omitido la regulación de su doctrina y el establecimiento

de su régimen, sino que se ha trastornado el concerniente al título y al modo de adquirir.

Verdad es que en este punto la iniciativa no ha partido de nuestro Código civil. Le han servido de precedente la generalidad de los Códigos extranjeros, quienes, por igual causa seguramente, borrando en cierto modo la necesidad de la concurrencia del título y del modo para adquirir la propiedad, han salvado el primer paso para llegar á considerarlos indistintamente, como si en uno y otro la materia fuese idéntica y no cupiera ya ver un título de derecho en la institución calificada de modo, ó designar con este nombre á la estimada como título. De esto á tomar por título simplemente el documento ó instrumento de justificación, no había de mediar gran dificultad, y así se comprende que, gracias á esta labor por la cual se ha modificado ostensiblemente la determinación del derecho, apenas se dibujen las diferencias que separan al modo del título y á uno y otro del instrumento de prueba.

He aquí por qué decía que, al parecer, resultan aquellos conceptos confundidos en el artículo de que me estoy ocupando, pudiendo dicha confusión, por lo que á la posesión se refiere, teniendo presente la calificación de la buena fe, según el mencionado art. 1.950 del Código, dar lugar al indicado problema de si la posesión sólo es posible cuando resulte motivada por un título ó modo traslativos, pero no si éste fuera originario.

No importa que el art. 609, por ejemplo, comprenda á la ocupación entre los modos de adquirir la propiedad, y que el art. 437 declare objetos de posesión los bienes susceptibles de apropiación. Como los términos del precepto consignado en el art. 1.950 exigen del poseedor de buena fe una creencia imposible, ó, por mejor decir, incompatible con cualquier título que no sea traslativo de dominio, por referirse al hecho de la recepción de la cosa de persona determinada, es evidente que el rigor de dicha

doctrina ó aplicación de la misma, según sus propios términos, excluye completamente la posesión de buena fe, siempre que el hecho de la posesión reconociera por causa en el ánimo ó intención del poseedor la ocupación de la cosa, aun cuando aquel hecho recayese sobre cosas apropiables por naturaleza, y que por sus especiales circunstancias, conforme á los artículos 610 y siguientes del Código, pudiera creerse que carecen de dueño. Y claro está que si la posesión de buena fe no es posible, aun con recta intención, si el vicio, aunque ignorado, en el modo de adquirir, perdura de tal suerte que no consiente en el poseedor el concepto favorable de que trata el art. 433, ó es preciso limitar este concepto general si realmente no hay ni puede haber posesión por el apoderamiento de las cosas con ánimo de ocuparlas, ó es indispensable rectificar el criterio con que el mencionado art. 1.950 fija en qué consiste la buena fe.

Fácil es comprender que en el caso referido, si no cabría, según el Código, la posesión de buena fe, tampoco resultaría poseedor con mala fe. Faltarían para lo primero las circunstancias exigidas en este último artículo; pero tampoco se daría para lo último la que previene el párrafo segundo del artículo de que ahora me ocupo. Concurriendo de parte del tenedor ó poseedor la ignorancia á que se refiere el primer párrafo, faltaría la condición necesaria para la aplicación del segundo, y el resultado vendría á ser, según antes indicaba, que ante una doctrina excluyente, lo mismo del poseedor de buena fe que del poseedor de mala fe, ó hay que convenir en que la posesión no es posible, ó en que cabe poseer sin buena ni mala fe; lo cual, sobre ser absurdo, mostraría una vez más la deficiencia del precepto del Código á que vengo refiriéndome.

Artículo 434.—Cosa análoga ó semejante á lo dicho acerca del artículo anterior ocurre también con el actual,

si se compara su doctrina con la contenida en el art. 1.954 del Código. No es mi ánimo discurrir, con ocasión del presente artículo, sobre el problema relativo á si es ó no posible la posesión sin buena fe; en una palabra, á si para rechazarla siempre que la mala fe sea conocida, se ha acudido á la presunción de buena fe mientras no se pruebe lo contrario.

Prescindiendo, pues, de cuanto haga sólo referencia al fundamento de semejante presunción, y estimando, como lógica consecuencia de la rectitud que debe resplandecer en todo efecto legal, que siempre se considere que el poseedor posee con buena fe, y por tanto, que aun los interdictos ó llamados remedios posesorios, respondan constantemente al criterio de que el amparo de la ley sólo cabe que se otorgue cuando con buena fe se pretenda, es lo cierto que, ante el valor ostensible de todo hecho de posesión, la perentoriedad de sus efectos en la mayor parte de los casos, y la innecesidad de depurar en muchos su justificación, independientemente de lo que sea indispensable para fijar, en su caso, lo que á la propiedad corresponda, ha sido preciso sustentar, mediante presunciones, la legitimidad de la posesión, de igual manera que lo era apoyarse en la buena fe para determinar en cada caso su respectivo valor jurídico.

Aunque en el terreno de los hechos quepa, por lo mismo, la posesión de mala fe, y mientras ésta se ignore pueda parecer apoyada por el derecho semejante posesión, no por esto puede decirse que el derecho la condicione, sino sólo que en tanto no se demuestre aquél la reputa buena. Libre es el palenque abierto para depurar si la mala fe existe cuando la posesión se impugna por esta causa; cesar deben sus efectos posesorios desde el momento que la mala fe llega á ser justificada, y aun retrotrayéndose al origen de la misma, como rectificación obligada de una situación cimentada en una mera presunción;

mas aunque todo esto incline á considerar que la posesión sólo lo es cuando se tiene con buena fe, positiva si es conocida, ó aparente si es presunta, no por ello cabe desconocer la realidad posible de la mala fe en la posesión, siquiera para que el derecho, calificándola y regulando los efectos ó consecuencias que esté llamada á producir, pueda acoger sin menoscabo de su autoridad ó pureza de sus principios, ni abandono de situaciones que reclamen su concurso, la referida presunción de buena fe con la latitud que la consigna en el mencionado artículo 434 de nuestro Código civil.

Por esto nada diría acerca de dicho artículo, cuya redacción corresponde con claridad á la pureza ó rectitud de su doctrina. Motiva, no obstante, estas indicaciones su comparación con lo establecido en otros. Así como, respecto al concepto de la buena fe, he señalado hace poco la especie de rectificación que el art. 1.950 envolvía, restringiendo en cierto modo la latitud del criterio enunciado en el art. 433, de igual manera he de señalar aqui la que también parece envolver, respecto á la presunción de dicho concepto, lo que consigna el Código en sus artículos 464 y 1.954. Refiérese el primero de éstos á tomar por título dominical ó de adquisición de propiedad á la misma posesión, cuando es de bienes muebles y adquirida de buena fe; así como el segundo, á preceptuar que el justo título debe probarse y que nunca se presume.

Que toda posesión constituye un título de derecho, cuyos efectos son por todo extremo distintos, según las diversas circunstancias de la misma, es consecuencia de su propia naturaleza como hecho ó relación jurídica, siendo como es función de cualquiera de estas relaciones dar origen, por el hecho en que consiste su determinación, al respectivo título de derecho que condensa sus efectos y sirve para su formalización. Mas es menester no confundir el título inherente ó derivado de la misma posesión,

con el llamado título para poseer ó causa de la posesión cuando ésta no descansa únicamente en la tenencia, ó con el título necesario para la prescripción. En estas mismas expresiones se advierte que, así como la posesión, que por sí constituye un título, cualquiera que sea su manifestación, puede existir sin estar fundada en alguno, no sucede lo mismo en la prescripción, pues cualquiera de sus manifestaciones, aun la extraordinaria ó de largo tiempo, requiere forzosamente el título posesorio ó caracterizado simplemente por la relación que engendra el hecho de la posesión.

Si por la prescripción, cuando se posee con título, surge más directa y rápidamente el derecho de propiedad en favor del poseedor que ve purificado ó perfeccionado por aquélla la deficiencia del título que le sirviera para la posesión, cuando ésta se apoya únicamente en el hecho posesorio, es este, después de todo, un verdadero título para la prescripción, siquiera sus efectos no sean tan inmediatos como los de aquella posesión que reconoce por causa ó fundamento otro título de derecho que, á no ser defectuoso, llevaría desde luego consigo la constitución ó transferencia de un derecho de propiedad.

No es de rigor se adquiera por prescripción, sin título, según generalmente se dice (art. 1.959). El solo enunciado de la adquisición por prescripción revela, desde luego, la concurrencia del título para la adquisición, pues título y esencialmente legal es la misma prescripción, en cuya virtud tiene lugar la adquisición dominical.

Es más: aun para la prescripción concurre también siempre el título posesorio, que es al fin el verdaderamente indispensable. Lo que podrá suceder que no concurra, es el título para poseer, en una palabra, la causa justa ó fundamento legítimo del hecho de la posesión; pero esta es una circunstancia que ni impide que la posesión se origine cuando así sucede por la sola tenencia,

ni tampoco que, en su caso (el de prescripción extraordinaria), pueda conducir al derecho de propiedad.

Después de todo, en el proceso que se desarrolla desde el origen de la posesión hasta la conversión del derecho del poseedor en derecho definitivo ó de verdadera propiedad, aparecen con relación al título tres etapas representadas por los respectivos títulos para poseer, prescribir y adquirir. Aunque falte el primero, y desprovista por lo mismo la posesión de título, se sostenga simplemente por el hecho de la tenencia, no por ello dejarán de corresponder á un verdadero título de derecho, así la prescripción como la adquisición derivada de esta última, siendo la posesión título para la prescripción, y ésta para la adquisición. De esta suerte se ve que al hablar, por ejemplo, de la prescripción sin título, se entiende indudablemente sin título para poseer, puesto que éste es, de aquellos tres, el único de que puede carecerse y el único por cuya falta ó por cuyos vicios ó defectos no se ha originado la propiedad de la cosa desde su apoderamiento, sino que ha motivado, por el contrario, la posesión en un principio y después la prescripción.

Ahora bien: cuando el art. 464 declara que equivale al título la posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe, no se refiere ciertamente al título de propiedad, sino sólo al título para poseer; es decir, no á aquel que haría innecesaria la prescripción y provocaría, por lo mismo, como por algunos se ha supuesto, la que han intentado llamar prescripción instantánea, sino aquel que sirve ó puede ser utilizado para la prescripción regular ú ordinaria. De otro modo, demasiado se comprende que no tendría razón de ser el párrafo primero del art. 1.955 del Código, pues faltaría motivo para tener que esperar el transcurso de tres años para adquirir por prescripción, si ésta surgiera instantáneamente por la posesión de buena fe, ó si, para mayor exactitud en la doctrina, se

llegaba á convertir en título de propiedad la mera posesión de buena fe.

Así, pues, el título á que hacen referencia lo mismo dicho art. 464 que el 1.954 del Código, es y ha de ser necesariamente el título para poseer, lo que podría calificarse de justa causa de posesión, y por lo cual, con referencia á la prescripción ordinaria, es natural y lógico que consigne el citado último artículo que semejante título ha de probarse y que nunca se presume. Pues ¿cómo se concierta esto con la presunción de buena fe de que se ocupa el mencionado art. 434? ¿Podrá dicha presunción mantener el valor absoluto, ó por mejor decir, general y constante que le atribuye este artículo, cuando por sus especiales circunstancias equivalga al título y resulte, por tanto, afectada del precepto en cuya virtud el título ha de ser necesariamente demostrado? ¿Será preciso, en tales casos, justificar la buena fe? Difícil, si no imposible, habría de ser semejante prueba, debiéndola practicar con independencia del título, ó, por mejor decir, prescindiendo de él. Es más: podría añadirse que la referida equiparación del título y la buena fe, para el efecto de hacer innecesaria la justificación de aquél, resultaría propiamente una mera redundancia si, con arreglo á los términos del mencionado precepto (464), fuera indispensable acreditar que la posesión se hubiera adquirido de buena fe.

La prueba del hecho de la adquisición posesoria envolvería forzosamente la demostración de la existencia de un título, ya que no de propiedad, sí, por lo menos, de tenencia ó posesión, bien resultara dicho título ó hecho jurídico viciado ó defectuoso y por tanto contrario á la buena fe, bien apareciese ostensiblemente legítimo y apto de consiguiente para sostener la eficacia que de la buena fe emana. Por esto, en realidad, la verdadera equiparación no es ni puede ser la que declara el citado artículo

del Código, sino la que surgiría entre la necesidad de presentar ó demostrar el justo título para ser completamente eficaz la buena fe presunta y la precisión de acreditar el hecho de la toma ó adquisición de la posesión, para que, no resultando aquel hecho afectado de vicio alguno, pueda dicha adquisición estimarse realizada de buena fe.

Mientras esta demostración sea indispensable, no cabe afirmar que se prescinde del título. De un modo ó de otro vendrá á resultar que se exigiría la probanza del mismo, confirmando de esta suerte lo prevenido en el art. 1.954 y el poco acierto de la redacción del citado art. 464, siquiera se haya inspirado ó llegado á ser mero trasunto de lo establecido en el Código francés (su art. 2.279) y pueda prestarse á que, como con referencia á éste, se hable de la llamada prescripción instantánea, para no reconocer que incurre en la confusion de la posesión y propiedad. Claro es que para este efecto habría sido preciso que el Código lo estableciera resueltamente, diciendo que la posesión á que se refiere (dicho art. 464) equivale al título de propiedad. Mas aunque no haya querido llegar á extremo semejante, desde luego se advierte que no por ello se evitan las dudas y la incertidumbre derivada de dicha doctrina, insuficiente ó infundada, contra la cual se pronuncia marcadamente el art. 1.955 y que, por lo mismo, sólo puede significar el deseo de admitir, respecto al título, una presunción análoga á la de la buena fe, siquiera haya de ser rectificación, en cierto modo, del criterio general consignado en el citado art. 1.954 del Código. En este sentido, de mayor exactitud y carácter más científico, parece haberse pronunciado el Código portugués, respecto al justo título necesario para la prescripción ordinaria de las cosas muebles, estableciendo al efecto que el justo título y la buena fe siempre se presumen, pues ello es, en el fondo, lo que viene á resultar si la referida doctrina de

nuestro Código civil no ha de salirse del terreno de la posesión y ha de conducir á estimar que consigue derecho á poseer, como si estuviera asistido de justo título, el que adquiere la cosa de quien la posee, sin que sobre esta posesión le conste ó se halle demostrada cosa alguna con traria á la buena fe.

De esta suerte mantiene su completa virtualidad la presunción de la buena fe que acompaña siempre á la posesión; pero además facilita, tratándose de cosas muebles, que la firmeza de aquella presunción, por falta de prueba en contrario, permita adquirir del poseedor, sin necesidad de que éste justifique su respectiva adquisición, la cual se supone legítima bajo la salvaguardia de la referida presunción, que á su vez sirve de apoyo para que también revista carácter de justo título la nueva adquisición. No es, pues, que en los indicados casos se consiga desde luego la propiedad por la adquisición de quien posea con buena fe, sino solamente que se alcanza la posesión con justo título y, por tanto, para poder prescribir sin tener que esperar al término extraordinario. Aunque á primera vista pudiera parecer que sólo por excepción es posible este criterio en los especiales casos á que hace referencia la segunda parte del primer párrafo del mencionado art. 464, es lo cierto que no cabe olvidarlo ni tampoco restringirlo mientras se halle formulado el artículo 1.955 del Código en el sentido general que resulta de sus términos. En este sentido, más bien que equivalencia ó simple equiparación entre la buena fe y el justo título, lo que en realidad viene á establecerse respecto á las cosas muebles es la presunción también en favor del último; presunción que, si por una parte requiere la rectificación de lo prevenido en el art. 1.954, mantiene por otra la pureza de la doctrina consignada respecto á la buena fe en el artículo de que me vengo ocupando.

Artículo 435.—Lo consignado por este artículo es propiamente un sencillo corolario de la doctrina que contiene el artículo anterior. Que la buena fe desaparece cuando faltan al poseedor las condiciones señaladas como indispensables para la existencia de aquélla, es norma para la cual no era necesario informar nuevo precepto, después de haber fijado (art. 433) los requisitos y circunstancias precisos ó por los cuales se califica la buena fe. Así, pues, en los hechos de posesión, cualesquiera que sean las manifestaciones de ésta, habrá ó no buena fe, según tenga ó no el poseedor aquella ignorancia á que se refiere el mencionado artículo, y continuará ó no dicha condición, según que subsista ó haya desaparecido en cualquiera de los referidos hechos que constituyan la serie de los que, con su respectiva independencia, comprenda el período de posesión de que se trata. Esto es rudimentario y además enteramente lógico, sin que importe que la posesión se considere en sus hechos, aun cuando sea en cada uno de los que la determinan, ó que se la atienda en razón del estado á que pueda dar lugar la serie ordenada de los mismos. Verdad es que en este último sentido es como parece reconocida en el Código la utilidad ó necesidad del precepto, ya que en lugar de referirse á la posesión de buena ó de mala fe, se refiere, según expresan sus términos, á la posesión adquirida de buena fe como expresión de una situación ó estado iniciado por su adquisición.

El Código tuvo, sin duda, presente el problema jurídico que ofrecía la diferencia de criterio seguido acerca de este particular entre el Derecho canónico y la legislación romana y patria, y aun la mayor parte de las extranjeras modernas, señaladamente las inspiradas en el Código francés. Como asunto de conciencia ó fuero interno de parte del poseedor, hubo de ocuparse del asunto el Derecho canónico para rectificar, con un criterio esencial-

mente moral, el que como jurídico se mostraba en las legislaciones.

Y digo como jurídico, porque ni la realidad de los hechos ni la pureza de principios en materia de presunciones parecían armonizarse con la doctrina de que la presunción de la buena fe subsistiera aun después de haber desaparecido el fundamento de la misma, en una palabra, la ignorancia de parte del poseedor de que posee la cosa indebidamente. Así se decía que, para la posesión de buena fe, bastaba haber concurrido ésta ó haberla tenido al tiempo de su adquisición, como si la posesión fuera una cosa que se adquiriese en un momento determinado, sin que en ella pudieran ya tener influencia los hechos sucesivos y expresivos de la misma. Sea el que fuere el valor que á estos hechos se atribuya, ya se les considere aisladamente, ya conjuntamente formando serie para un fin determinado, por ejemplo, para prescribir, siempre resultará que la posesión, bien como tenencia del momento ó expresión de un estado, sólo puede ser y seguir siendo de buena fe cuando las condiciones esenciales de ésta acompañen constantemente á todas sus manifestaciones en el tiempo, y no siempre que aquélla se tenga únicamente en el momento de comenzar.

No basta, para esto último, tener presente que, al fin, el cambio que sobrevenga en la conciencia del poseedor, como asunto de su fuero interno, sólo á él puede interesar, pues es menester no olvidar que, después de todo, la buena fe descansa en una presunción relativa al fuero interno, y no es cosa de que el derecho le atienda en lo favorable y le desatienda en lo adverso, toda vez que al acogerle como elemento para sus decisiones debe hacerlo en toda su realidad, siquiera necesite que ésta se exteriorice para que llegue á ser objeto de sus disposiciones. De otro modo, la presunción de la buena fe, lejos de tener valor absoluto para condicionar toda manifestación pose-

soria, ya momentánea, ya continua, vendría á reducir su eficacia á la meramente inicial y á contribuir, de esta suerte, á que la del derecho del propietario ó del legítimo poseedor quedase entregada á la eventualidad de un momento, en consideración á circunstancias esencialmente personales del poseedor actual, y no á la permanencia ó prolongada situación de un estado de hecho tolerado ó consentido por aquéllos. ¿De qué serviría demostrar la mala fe de la posesión al tiempo de prescribir, si sólo fuera útil para contrarrestar la prescripción cuando hubiera existido al comenzar la posesión? ¿Había el derecho de autorizar, confiriéndole la eficacia de la propiedad, aquella posesión que se hubiera demostrado que descansaba en el abuso? ¿No equivaldría esto á convertir el período de tiempo necesario para la prescripción en simple período de prueba de la mala fe que pudiera haber al comenzar la posesión?

Bien se comprende que el poseedor que por cualquiera circunstancia llega á tener conocimiento de los vicios ó defectos de su título, al punto de modificar su convicción acerca de la legitimidad de su posesión, no ha de verse en el caso de convertirse en denunciador de su distinta manera de apreciar su derecho ó situación jurídica. Sean las que fueren sus exigencias de conciencia ó aquellas á que moralmente se sienta inclinado, el derecho sólo reclama su imperio cuando se traducen en manifestaciones inequívocas y mediante la acción de aquellos que resulten lastimados por el abuso ó contradicción de su derecho que represente la posesión de que se trate. Lo esencial en este punto es mantener el verdadero derecho, no prestando condiciones para destruirlo sobre la base del abuso conocido, público ó declarado antes de su terminación. Si así sucede, aunque en algún momento haya habido buena fe, siendo ésta, en una palabra, sólo inicial de la posesión, no por ello dejaría el derecho de quebran-

tar su pureza prestando condiciones á la mala fe ó poniéndose á su servicio; pues desde el momento que llegue á ser conocida mediante hechos que caigan bajo el dominio del derecho, no es posible rectamente exigir de éste que prescinda de aquellos que han alcanzado verdadera realidad en su esfera. Así, pues, la buena fe inicial ó en la adquisición de la posesión, como condición suficiente para conferir á ésta la más cumplida eficacia, destruye en algún modo la legítima defensa del derecho de propiedad ó del mejor derecho á poseer, y no es de extrañar por lo mismo que el Código haya procurado rectificar en cuanto á este extremo el criterio de nuestra antigua legislación, aunque lo hiciera acaso para evitar la menor duda, mediante un precepto hasta cierto punto innecesario y en terminos que no dejan de ofrecer también dificultades de otro orden para su aplicación. Así ocurre, por ejemplo, con la referencia que contiene, en sentido general ó absoluto, á los actos que acrediten que el poseedor no ignore que posea la cosa indebidamente. ¿Bastará para ello cualquier acto y aun con entera independencia de la persona á quien se atribuyan sus efectos? ¿Podrán utilizarse los hechos aun cuando no reunan las condiciones ó circunstancias peculiares de los actos jurídicos? ¿Surtirán efecto desde que existan, aunque no sean conocidos, ó desde que por serlo acrediten la circunstancia á que se refiere dicho artículo? Aunque cada uno de estos y otros particulares exigirían algunas consideraciones si se tratara de un comentario, no puedo dejar de hacer observar la indicada necesidad de aclarar siquiera el referido concepto, sobre todo encaminándose como se encamina á procurar la debida pureza de principios en la regla jurídica que formula el precepto de que me ocupo, para que por la sola existencia de los hechos ó sucesos á que se refiere se produzca el efecto de que trata, siempre que aquélla llegue á ser oportunamente conocida y

cumplida ó inequívoca la demostración que lleva consigo.

Artículos 436 y 437.—Nada he de exponer acerca del contenido de estos dos artículos; pues como peculiar el primero más bien á los efectos de la posesión, ya habré de ocuparme de la presunción á que hace referencia cuando lo haga de la doctrina de la posesión al desenvolver en el libro 4.° de este Proyecto (sección 4.ª, capítulo 1.° de su título 2.°), las relaciones voluntarias originadas por hecho y voluntad propia independientemente de la cooperación ajena; bastándome por de pronto recordar, respecto al segundo de dichos artículos, las observaciones consignadas ya en la parte general y aun en esta especial, con ocasión del sentido propiamente indeterminado que resulta, según el Código, cuanto en él hace referencia á lo que llama apropiación.

Si al fin el Código hubiera formulado de un modo preciso el concepto de la posesión, fuera ó no equivocado su criterio acerca de su positivo valor jurídico, cabría que, aun partiendo de su doctrina acerca de este último particular, hiciera las indicaciones que desde luego sugiere la redacción de aquellos dos artículos; pero ante la necesidad por lo mismo de inspirarse en conjeturas más adecuadas á un comentario, considero más oportuno reservar esta materia para ocuparme de ella, siquiera por comparación, con lo que más adelante establezca este mismo Proyecto al desarrollar la referida institución.

CAPÍTULOS II Y III

De la adquisición de la posesión y de los efectos de la misma.

Lo mismo que acabo de indicar he de hacer presente en lo que atañe al contenido de estos dos capítulos del Código. La naturaleza de la posesión y sus funciones

son materias que fundamentalmente han de influir á cuanto concierne á su determinación y á sus efectos. Bien se informe dicha determinación á título de la llamada adquisición de la posesión, bien se estimen como expresión de ésta varios de los extremos peculiares á sus efectos, es lo cierto que debiendo desenvolver este Proyecto, conforme á lo expuesto en la parte general, un criterio diametralmente distinto del seguido por el Código al comprender éste á la posesión entre las instituciones que regula al tratar de la propiedad y de sus modificaciones, cabrá entonces presentar con mayor oportunidad y más ostensible valor práctico las observaciones correspondientes á los artículos comprendidos en el Código en los dos capítulos á que ahora me refiero, en vista de la doctrina que formulen los que acerca de la posesión contenga el libro 4.° de este Proyecto.

TÍTULO VI

Del usufructo, del uso y de la habitación (además del derecho de anticresis y del de arrendamiento inscrito).

Las instituciones á que se refiere este título del Código habían tenido, hasta su publicación, una calificación legal verdaderamente precisa.

Su naturaleza de derecho real hallábase afirmada claramente, y á este valor característico de toda modificación del dominio, ya como resultado de sus limitaciones, ya como expresión de su respectiva división, agregaba además nuestro antiguo derecho la calificación de servidumbre, de la que el Código ha prescindido, sin duda por considerarlo como exigencia de la ley de Bases para su formación. Mas no obstante la especie de protesta que parece consignar contra semejante exigencia el art. 531

del mismo Código, admitiendo las servidumbres establecidas en provecho de una ó más personas ó de una comunidad, la dificultad de armonizar semejante protesta con la manifiesta exclusión que resulta, según la estructura del libro destinado á tratar de la propiedad, para poder calificar de servidumbres al usufucto, al uso y á la habitación, ha dado lugar á que de tal modo se complique el problema jurídico relativo á la materia de las servidumbres personales, que sean tantos los criterios como los autores ó comentaristas del Código acerca de cuál sea el alcance positivo y aun el verdadero sentido del art. 531 de dicho cuerpo legal.

Prescindiendo por de pronto de este particular, acerca del que tendré que hacer algunas indicaciones al ocuparme de semejante artículo, es lo cierto, según decía, que sin duda los redactores del Código estimaron como exigencia de la ley de Bases la referida separación entre las servidumbres y el usufructo, uso y habitación, no obstante ser aquélla tan opuesta al criterio que respecto de dichas instituciones mostraba nuestra legislación tradicional.

La circunstancia de referirse la ley para la redacción del Código, según la base 1.ª, al proyecto de 1851, aunque conforme á la misma fuera menester tener presente que semejante referencia se hace en cuanto se halla en dicho proyecto contenido el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio, y la circunstancia, igualmente, de haberse hecho en dicha ley objeto de base distinta el usufructo, el uso y la habitación (base 12) y el título de las servidumbres (base 13), expresando la primera que aquellas instituciones se definieran y regularan como limitaciones del dominio para darles valor jurídico según su título respectivo y, en su defecto, por la ley, y la segunda que el título de las servidumbres contuviera su clasificación y división, respe-

tándose las doctrinas por entonces establecidas, fueron probablemente las causas de que los redactores del Código, por no fijarse quizás en la peculiar naturaleza jurídica de las limitaciones del dominio, ó creyesen que en las servidumbres no concurría este carácter para dejar de considerar como tales al usufructo, al uso y á la habitación, ó que, aun cuando concurriera, y á pesar de la doctrina de nuestro derecho, era propósito decidido del legislador que dichas instituciones quedaran excluídas del título de las servidumbres.

No es mi ánimo investigar si el error jurídico, en este punto, partió del legislador al fijar las bases, ó de la redacción definitiva del Código al fijar la inteligencia que á aquéllas correspondía.

Pero lo verdaderamente sensible es que, con acierto ó sin él respecto á la manera como fué interpretado el criterio del legislador, según las mencionadas bases, haya resultado una situación completamente indefinida, hasta el punto de no poder saber, por precepto expreso del Código, en qué consisten las limitaciones del dominio; si las servidumbres lo son ó no; cuáles son las circunstancias que en el usufructo, el uso y la habitación pueden servir de fundamento para estimarlas como tales limitaciones del dominio; si éstas constituyen un verdadero derecho real, ó resultan meramente como estados jurídicos de las cosas de carácter indefinido, é igualmente qué principio fundamental puede haber habido para rectificar asimismo la doctrina jurídica en cuya virtud la servidumbre era estimada como un derecho, sustituyéndose este concepto por el de gravamen que el Código le atribuye (art. 530), y poder conocer, en una palabra, si es que según el Código deban reputarse como derechos las limitaciones del dominio calificadas como usufructo, uso y habitación, y sólo como gravámenes las denominadas servidumbres.

Véase qué confusión tan manifiesta ha surgido, por el nuevo cuerpo legal, en una materia en que tan claro como tradicional era el criterio de nuestra legislación, y que tan importante, por no decir capitalísima, es para el régimen de la propiedad.

Por esto indicaba, no ha mucho, que el valor de derecho real para el usufructo, el uso y la habitación resulta abandonado de tal manera por el Código, que casi puede afirmarse que solamente les queda, para sustentarlo, el medio de acudir á una simple referencia á nuestra ley Hipotecaria (núm. 2.° del art. 2.°): referencia que, dado el objeto y alcance de dicha ley, limitados además al régimen de la propiedad inmueble ó derechos reales establecidos sobre los bienes de esta clase, no serviría ni aun para disipar las dudas que suscita el silencio ó indeterminación del Código, respecto de dichas instituciones, cuando se trata del usufructo y del uso de cosas muebles y semovientes.

Sólo así se explica que el Código haya, quizás, creído realizar un progreso relegando á segundo término el valor preceptivo de la ley en materia de usufructo, uso y habitación, cual si el régimen de la propiedad, y sobre todo en lo referente á las limitaciones del dominio, para señalar el valor respectivo de cada uno de los derechos reales á que la misma da lugar, fuera cosa tan baladí y de tan escaso interés social que debiera entregarse exclusivamente á las conveniencias del individuo, para que sea usufructo ó uso lo que á éste arbitrariamente plazca y pueda, asimismo, á su antojo informar derechos reales ó convertirlos en personales, ó proceder respecto á la naturaleza de unos y otros sin más norma que su capricho.

Claro es que si el Código, á semejanza del Proyecto que acompaño, hubiera formulado en principios el desenvolvimiento del régimen de la propiedad, aun cuando sólo hu-

biese sido para precisar sus puntos más capitales y señalar la trabazón ó enlace de sus instituciones, las mismas exigencias de su ordenada sistematización le habrían obligado á presentar con carácter verdaderamente objetivo y regulado, por lo mismo, principalmente por la ley, la vasta é importantísima materia de las limitaciones del dominio, la que envuelve casi por entero el desarrollo de la esfera de los derechos reales, fijando así su fundamento para dar á conocer su naturaleza en el orden de la propiedad, como su clasificación; en lo cual, á buen seguro, no habría existido obstáculo alguno para poner en armonía, en lugar de estimarlas contrapuestas, las dos referidas bases 12 y 13 de la ley dictada para la redacción del Código, que han servido, seguramente, para eliminar del título de las servidumbres lo que en ellas debiera haberse comprendido.

Limitaciones del dominio, verdaderos derechos reales, en una palabra, son también las llamadas servidumbres por el Código.

Concrétase también su utilidad jurídica al derecho de disfrute que la propiedad produce y que al dueño corresponde, con la indeterminación que es característica de su derecho de dominio; del mismo modo que el usufructo, el uso y la habitación recae igualmente en cosa ajena, la utilidad jurídica inherente á la parte de propiedad que la servidumbre determina; y ejercítanse de igual manera, aunque sea distinto su alcance, sobre la cosa en concurrencia con los derechos no limitados del dueño, los característicos de la forma ó límites en que resultan constituídos, tanto los de usufructo, uso y habitación, como los de servidumbre.

Si se desecha por un momento todo prejuicio acerca de la necesidad de la existencia de dos predios (dominante y sirviente) para la constitución de la servidumbre, lo cual, lejos de ser fundamento del derecho de servidumbre, es

sólo nota especial de las llamadas prediales y motivo puramente arbitrario para encerrar en éstas toda la doctrina de la servidumbre, por no fijar su verdadera posición en el régimen de la propiedad, como elemento formal intermedio entre la propiedad plena y las cargas y gravámenes que el Proyecto califica de propiedad imperfecta, se observará claramente que, del mismo modo que en el disfrute de la servidumbre predial, el derecho del dueño del predio dominante no excluye, sino que sólo limita el disfrute de la cosa por el dueño del predio sirviente; de igual manera esta concurrencia ó, mejor dicho, simultaneidad en el disfrute de la cosa, se realiza también en el usufructo, el uso y la habitación, tanto por los límites obligados que estas dos últimas tienen, como por los límites que asimismo el usufructo permite dentro de la esfera que lo caracteriza como limitación del dominio; pues, aun estimándolo en su mayor latitud, abarcando, como podría suceder también en el uso, todos los llamados frutos ordinarios de la cosa, quedan siempre á salvo, así para la virtualidad como para el ejercicio de los derechos dominicales, lo mismo los frutos extraordinarios reconocidos, por ejemplo, en el Código respecto de los tesoros (art. 351), que las adquisiciones procedentes de ocupación, accesión y retracto legal correspondientes á su vez al derecho de disfrute entre los derechos que produce la propiedad en general (artículo 1.221 del Proyecto), que las transformaciones necesarias de la cosa é igualmente su defensa y su transmisión.

Véase, de consiguiente, cómo ni siquiera en el derecho de disfrute (en el que arraiga casi exclusivamente la utilidad jurídica de la propiedad menos plena) pueden estimarse enteramente excluídas las facultades del dueño, aun en el caso en que con más amplitud (como en el usufructo ilimitado) quepa considerar restringido dicho disfrute por virtud de un derecho real.

¿Dónde está, pues, la línea de separación entre el derecho de servidumbre y los derechos del usufructo, uso y habitación, si al fin recaen en una misma utilidad jurídica, el derecho de disfrute de las cosas, y permiten la concurrencia y aun la simultaneidad en el ejercicio de este derecho entre las facultades del dueño y las de aquel que está asistido de un derecho real para participar de dicho aprovechamiento, bien personalmente ó en razón del fundo que al mismo corresponde?

Ni he de presentar con este motivo los múltiples criterios que existen en el orden de la ciencia relativamente á este problema que vino á provocar la moderna legislación francesa por el prurito de negar toda calificación de servidumbre á lo que pudiera hacer referencia á una persona, aun cuando fuese en el terreno de sus derechos sobre una cosa; ni he de profundizar, en el sentido indicado, respecto á las consecuencias que puede producir en la práctica el criterio adoptado por el Código, sin duda como un progreso, cuando no titubeó en separarse de la doctrina arraigada de antiguo en nuestra legislación. Me basta hacer presente que probablemente por no haberse propuesto precisar siquiera, como se hace en mi Proyecto en el capítulo 1.° del título 1.°, que trata del derecho de propiedad, en qué consisten las utilidades jurídicas que á ésta caracterizan y cuáles son las concernientes al derecho de disfrute, en una palabra, qué es y qué alcance tiene ó debe tener jurídicamente el disfrute de las cosas, se ha caído en el extremo, á mi juicio equivocado, de considerar que al usufructuario le corresponde el disfrute del mismo modo que al dueño, y, por tanto, con toda la extensión ó, por mejor decir, indeterminación que es sólo peculiar del dominio, sin reparar que, aun prescindiendo, en la esfera del disfrute, de las adquisiciones derivadas de la accesión ó retracto legal, sólo en las procedentes de ocupación se ven precisados á reconocer que por lo menos

al usufructuario no corresponde el tesoro oculto que consiga descubrirse.

He aquí por qué en el Proyecto que acompaño, rectificando en este punto la referida innovación del Código, he procurado atenerme á nuestro antiguo derecho, que considero, por otra parte, ajustado rectamente á los principios científicos de esta esfera de la legislación; comprendiendo en la propiedad menos plena, y, por tanto, en el tratado de servidumbres, al usufructo, uso y habitación, calificándolas con el anticresis y el arrendamiento inscrito de servidumbres personales, sin que por esto me separe ni de las referencias de la ley de Bases al proyecto de 1851, que, como antes decía, resultan con la salvedad en favor del sentido y capital pensamiennto de las instituciones civiles del derecho histórico patrio, ni de las bases 12 y 13, siendo como son también las servidumbres verdaderas limitaciones del dominio y permitiendo, como permite su clasificación, la mencionada distinción en las reales y personales.

CAPITULO I

Del usufructo.

SECCIÓN PRIMERA

Del usufructo en general.

Artículo 467.—Los términos de este artículo revelan que su objeto se reduce á dar una definición del usufructo.

Desgraciadamente lo que hace en realidad, bien lejos de definirlo, es alterar ante todo el criterio bajo el cual es conocida esta institución, prescindir en cierto modo de lo que en ella es más esencial y acabar por presentarla en tales condiciones, que no hay medio de saber qué se ha propuesto el legislador al consignarlas.

Y decía que se ha omitido ante todo su carácter más esencial, porque así en atención á su naturaleza jurídica

como por la necesidad legal que imponía la base duodécima para la redacción del Código, el usufructo debía ser definido como limitación del dominio, y esto es precisamente lo que no se ha hecho.

Habla el art. 467 más bien de los efectos del usufructo que de su naturaleza.

Dice que da derecho á disfrutar los bienes ajenos, etc.; pero no determina si es un derecho ó bien un gravamen (como de tal califica á las servidumbres en su art. 530) ó si es un estado de las cosas ó forma de la propiedad, ó caso de estimarlo como derecho, si es real ó personal.

A buen seguro que si el Código hubiese regulado la doctrina de los derechos reales y fijado con tal motivo la función que desempeñan en el derecho, no habría podido menos, para cumplir con la exigencia referida de la ley de Bases, y principalmente para expresar de modo sucinto la naturaleza del usufructo, que calificarlo de derecho real, á fin de mostrar, por esta sola nota jurídica, su carácter de forma de propiedad modificativa del dominio y limitativa, por tanto, de las facultades peculiares á este último.

Qué reparo haya podido tener el Código para afirmar francamente semejante naturaleza jurídica á la institución del usufructo, es difícil de descifrar; pero la verdad es que, por haber hecho caso omiso de dicha condición y haberse fijado en circunstancias que convienen á sus demás caracteres, aparece, según el Código, el usufructo en términos que lo mismo pueden servir para constituir derecho real que para obtener un derecho meramente personal. Prescindiendo, por de pronto, de cuanto se refiere al *modo* de determinar la sujeción de la cosa; prescindiendo, igualmente, como se hace en el Código, de la nota que altera ó limita las facultades del dueño; y concretándose, por tanto, á los términos en que por el Código resulta definido el usufructo, se observa, desde lue-

go, que las circunstancias por las cuales da á conocer semejante institución equivalen á las que también son características del comodato y del arrendamiento.

Tanto el arrendatario como el comodatario tienen derecho á disfrutar de bienes ajenos, tienen obligación de conservarlos en su forma y su substancia, y admiten, como expresión más ó menos limitativa del referido disfrute ó de la expresada obligación, la circunstancia de que por el título de su constitución ó por la ley se autorice alguna cosa especial.

Véase, pues, cómo por esta sola consideración, que salta á la vista desde las primeras palabras del art. 467, aparece claramente haber prescindido el Código de lo que era más esencial y de lo que constituía una necesidad por la ley dictada para su redacción.

Pues si á esta circunstancia se agrega la abdicación que se hace en el Código para el régimen de esta institución, referente al derecho de propiedad, como si careciese de valor jurídico esencialmente social cuanto se refiere á la organización de la propiedad, y fuera, por el contrario, algo que pudiera quedar entregado al capricho individual; en una palabra, como si su utilidad jurídica no dependiese de un elemento externo é independiente del sujeto, como las cosas, y sí tan sólo de un elemento esencialmente interno, como la responsabilidad, se penetrará fácilmente la gran complicación, por no decir el absurdo, que se crea en esta materia, acerca de la cual ha podido decirse, con razón, que el Código, por prurito de posponer en este punto la acción de la ley á la voluntad individual, para atribuir á ésta valor principal y á aquélla meramente supletorio, ha desnaturalizado de tal modo la institución del usufructo, que, aun sin reparar en la trascendencia de facultar la misma ley para desvirtuar las condiciones que le señala, incurriendo de tal suerte en una contradicción de principios inexplicable, háyase lle-

gado al extremo de que por usufructo se entienda lo que cada uno quiera, y de que, aun cuando la ley declare, siquiera en forma supletoria, lo que deba entenderse por tal institución, también los particulares y aun la misma ley puedan declarar lo contrario, sin que por ello se derogue ó modifique lo que deja establecido el legislador.

Todavía el art. 467 podía haberse mostrado, al parecer, ajustado á los principios jurídicos, si se hubiera contenido en los límites del proyecto de 1851 (art. 435) y el de 1882 (art. 472). Pero la adición que contiene, como término ó complemento de su definición, es lo que aumenta la perturbación, ya por sí sola grave, de no haber conferido carácter de derecho real al usufructo.

Así indicaba que, aun cuando se le supusiera derecho personal, encerrando su valor jurídico dentro de los límites del art. 467, sobre ignorarse el propósito del legislador al consignar tal adición, tiene el Código el grave defecto de imposibilitar por ella el conocimiento de lo que debe entenderse por usufructo.

Dos circunstancias, que sirven para su calificación, establece la primera parte del art. 467, á saber: la de originar un derecho al disfrute de bienes ajenos, y la de producir también una obligación para conservarlos en su forma y su substancia.

Con dichas dos circunstancias se contentaban, según queda referido, tanto el proyecto del año 1851 como el de 1882. Pero al añadir el Código aquel famoso complemento "á no ser que el título de su constitución ó la ley autoricen otra cosa", sugiere inmediatamente, para no hacer mayores observaciones que podrían estimarse como comentario del artículo, la necesidad de contestar á dos preguntas.

Eso distinto que puede autorizar el título constitutivo del usufructo ó la ley, puede referirse á la primera ó á la

segunda de dichas dos circunstancias: al derecho ó á la obligación que produce el usufructo.

¿Ha querido decir el legislador que el usufructo por su título ó por la ley puede consistir en el derecho de disfrutar bienes que no sean ajenos, es decir, propios, con la obligación de conservar su forma y substancia; ó que puede consistir en el derecho á disfrutar bienes ajenos, pero sin la obligación de conservar su forma y su substancia; ó que puede consistir, por fin, en algo que, ni sea disfrute de bienes ajenos ni sea obligación de conservar su forma y su substancia?

Demasiado se comprende que de estas tres fases, bajo las cuales puede mostrarse el efecto de la inexplicable adición del art. 467, dos de ellas, ó sea la primera y la última, conducen necesariamente al absurdo, y que sólo la segunda es la que podría estimarse de algún interés jurídico, si bien, en realidad, saliéndose por completo de la esfera peculiar del usufructo.

Si el usufructo no implica la necesidad de conservar la forma y substancia de la cosa; si faculta para alterarla y aun para destruirla; si se limita tan sólo, en sus relaciones con el dominio, á impedir que por persona distinta del dueño pueda, por la transmisión de la cosa, transformarse la utilidad jurídica que produce, pero dejando entregada la suerte de la nuda propiedad á discreción absoluta del usufructuario, para poder legítimamente hacer desaparecer la cosa en que radica la utilidad del dueño, dígase si hay términos hábiles para comprender un usufructo en semejantes condiciones, y para no ver que, en tales casos, lejos de ser el dominio un elemento donde deba reverter oportunamente la utilidad del usufructo é integrar en su consecuencia la propiedad plena, sería el usufructo, por el contrario, un elemento del que dependería exclusivamente el dominio, dejando, por consiguiente, al dueño á discreción absoluta del usufructuario,

hasta el punto de que cualquiera, por pequeña que fuese, la utilidad eventualmente reservada para el dueño, el usufructuario tendría en su mano el medio de obligarle á que por una compensación insignificante renunciara á su dominio.

No hay para qué deducir las consecuencias que lógicamente se desprenden de cualquiera de las situaciones anteriormente indicadas, como resultado del efecto correspondiente á las últimas palabras del mencionado art. 467 del Código.

Imposible parece que semejantes efectos no hayan sido previstos al redactar dicho artículo. Sólo cabe considerar que los redactores del Código se creyeron obligados á formular dicha adición como exigencia, á su juicio, de la ley de Bases, ó como consecuencia de la necesidad de extender el usufructo no sólo á los bienes muebles, sino á los de esta clase que tienen el carácter de fungibles, ó esencialmente genéricos, y aun á los derechos, siempre que no sean, como dice en sus últimas palabras el art. 469, personalísimos ó intransmisibles.

Ya veremos, al ocuparnos de los artículos 475 y 482, qué queda en realidad del usufructo como derecho de propiedad, siempre que ó por los particulares ó por la ley, si por ésta se incurre en el defecto de llamar usufructo á lo que no lo es, se trata de establecer un usufructo sobre algún derecho ó sobre las cosas fungibles.

Dígase lo que se quiera, si se pretende establecer un usufructo sobre los derechos personales ó sobre cosas que no se pueden usar sin consumirlas, lo que en realidad se hace es simplemente transferir de un modo definitivo ó con carácter resolutorio el objeto de semejante relación, designada con el nombre de usufructo, sin dejar cosa alguna, ú objeto material determinado, sometido ó en propiedad de aquel á quien se le llama dueño, y sin originar otra cosa que derechos meramente personales entre éste

y el llamado usufructuario, para restablecer, si cabe decirlo así, la normalidad anterior al usufructo cuando éste deba legalmente terminar.

He aquí, sin duda, por qué el Código no se atrevió á calificar de derecho real al usufructo, creyendo que es una institución jurídica que puede quedar reducida á ser expresión, en estos casos, de derechos meramente personales.

El Código, desgraciadamente, olvidó lo que, como nota más terminante, le exigía la ley de Bases.

Por afán de acomodarse á sus exigencias, acabó por desatenderlas.

Así como la ley de Bases le exigía que definiera y regulase el usufructo como limitación del dominio, huyó de esto, dejó al efecto de conferir al usufructo valor de derecho real y acabó, según decía, admitiendo como tal al que sólo pudiera ser expresión de derecho meramente personal.

Sólo con no haber dejado de regular el usufructo como limitación del dominio, lo cual necesariamente obligaba á sustentar en el desarrollo de dicha institución, bien de un modo ó bien de otro, con mayor ó menor extensión, pero al fin con alguna, la propiedad del dueño, habría bastado para que el Código no hubiese incurrido en el lamentable error que acabo de señalar y por el cual, rasgando todo nuestro derecho acerca de esta institución, ha quebrantado además la mencionada ley de Bases y convertido, por consiguiente, al usufructo, no en un derecho limitativo del dominio, sino en un derecho susceptible de acabar con el dominio.

En este punto se ha tomado por principal lo que en realidad es accesorio; se ha desconocido la naturaleza del usufructo para fijarse tan sólo en el detalle de la percepción de los frutos, como si esta percepción sólo pudiera ser resultado, en el derecho de propiedad, de la institu-

ción del usufructo y no de otras tantas como el dominio, el uso y las servidumbres, es decir, de las instituciones que forman el cuadro de la propiedad plena y de la propiedad menos plena, prescindiendo aun de la facultad de disfrutar cuando es consecuencia del derecho meramente personal.

El Código, por lo visto, ha dicho: llamemos usufructo á todo derecho por el cual se pueden disfrutar bienes ajenos; nada importa si este derecho de disfrute puede ó debe realizarse en concurrencia con el derecho de dominio; nada importa que la cosa sobre que deba realizarse haya de conservarse en su forma ó su substancia por el usufructuario; todas estas notas capitalísimas, relativas á la convivencia de los derechos de propiedad en que, no obstante la unidad de la cosa, la variedad de sus distintas utilidades jurídicas permite que sea á la vez objeto de derechos diversos correspondientes á personas diferentes, ninguna significación pueden tener ante la necesidad, á su juicio, de que se designe como usufructuario al que es llamado al disfrute, y, por lo mismo, como usufructo todo derecho á percibir frutos de bienes ajenos.

Es realmente inconcebible que no se haya pensado siquiera que de nada sirve el empeño de calificar como usufructo el derecho á percibir frutos cuando la naturaleza de las cosas hace imposible realizarlo sin adquirir el dominio real ó presunto de las mismas.

Empeñarse en sostener el calificativo de usufructo á lo que positivamente consiste en la transmisión del dominio; querer ver á la propiedad independientemente del carácter específico de las cosas apropiadas; barajar, sin norma alguna, el derecho de propiedad y el derecho de obligaciones, para confundir por completo la materia de los derechos reales y personales, que es lo que en el fondo pone de manifiesto, con relación á la institución de que me ocupo, el art. 467 del Código, sólo se comprende en un

cuerpo legal que, como ya he tenido ocasión de manifestar más de una vez, ha estimado como baladí la estructura y el orden de las instituciones; que no tiene en realidad, por lo mismo, cuadro alguno que determine, con arreglo á principios fundamentales, el régimen de la propiedad, y que, como necesariamente había de sucederle, por haber dejado de reconocer la trascendencia que tiene el precisar las conexiones ó enlaces de unas instituciones con otras, se ha visto en la imposibilidad de caracterizar la naturaleza especial de cada una.

En oposición á esta falta de criterio tan indispensable para fijar, mediante el derecho positivo, lo que es esencial en cualquiera institución, presenta el Proyecto que acompaño los artículos 1.313 y 1.314, que fijan como base de la materia general relativa al usufructo su naturaleza jurídica, la utilidad á que se contrae en su mayor latitud y los objetos ó cosas sobre que puede recaer.

Nada capaz de alterar su naturaleza por el título de su constitución; mucho menos franquear á la ley ocasión ó facultad para dar á conocer como usufructo lo que la misma tiene que rechazar como tal: y por esto, prescindiendo de la adición ó complemento que aparece en la redacción definitiva del art. 467 del Código, concreta el párrafo 1.° del art. 1.313 del Proyecto la noción del usufructo á lo demás que comprende el referido artículo del Código, aunque proclamando, ante todo, su carácter de derecho real, cuyo efecto limitativo del dominio resulta ya prevenido en el art. 1.303 y cuya utilidad determinada, asunto de semejante limitación, deja igualmente prevenido el art. 1.278 del mismo Proyecto.

Pero la calificación del usufructo, por completa que fuera en su definición, no puede prescindir de señalar concretamente la utilidad en que radica.

Sin sistema acerca del régimen de la propiedad, se explica que pueda creerse suficiente dar las notas caracte-

rísticas respecto á la forma del usufructo, ó lo que podríamos llamar la manera de obtener los efectos que produce; pero, recayendo como éstos deben recaer precisamente en una misma cosa que, á su vez, es materia jurídica para otros derechos que coexisten, por lo mismo, en cuanto al objeto y autorizan, de consiguiente, sobre él la acción de personas diferentes, como así sucede en todo lo que comprende la propiedad menos plena, según consigna de un modo general el párrafo 3.° de dicho art. 1.278 del Proyecto, esos límites respectivos que, en el orden de la forma, fijan la naturaleza del derecho real para señalar el alcance de la acción del dueño y la del usufructuario, han de mostrarse igualmente en el terreno de la materia, para señalar, de entre las utilidades jurídicas de las cosas, cuáles son aquellas susceptibles de servir de objeto á la institución del usufructo.

Recuérdese que precisamente con este motivo, respondiendo especialmente á esta idea fundamental, el título 1.° del libro 3.° del Proyecto, cuyo título desenvuelve el derecho de propiedad, sólo comprende, independientemente del capítulo 3.°, destinado á tratar de la inscripción de los derechos de propiedad sobre los bienes inmuebles; sólo comprende, digo, dos capítulos, á saber: el primero, destinado á tratar de la propiedad en general, donde se señalan primordialmente cuántas son las utilidades jurídicas en que consiste el derecho de propiedad; y el capítulo 2.°, que trata de la clasificación de ésta, para presentar cuáles son las diversas formas por las que pueden darse á conocer y conseguirse las referidas utilidades; distribución que muestra, en una palabra, qué es la propiedad con relación á las cosas (capítulo 1.°), y qué es la propiedad con relación á los derechos de las personas (capítulo 2.°)

Ahora bien; dado este deslinde de elementos sustantivos y formales en el derecho de propiedad, necesario es

que así se muestren calificados en cada una de sus instituciones; y he aquí, como antes decía, que para dar á conocer con exactitud en qué consiste el usufructo, no basta presentarlo como derecho real y, por tanto, con las notas en que condensa su efecto modificativo ó limitativo del dominio, sino que es indispensable fijar de igual manera cuál sea, entre las utilidades que al dominio corresponden, ó por mejor decir, entre las utilidades jurídicas de las cosas, aquella sobre la cual recae precisamente el usufructo; en una palabra, aquella en razón de la que se realiza por el usufructo la sujeción de la cosa á la persona.

Este es verdaderamente el contenido del párrafo 2.º del artículo 1.313, por el que viene á precisarse dentro de qué límite puede tener lugar el disfrute de la cosa ajena por medio del usufructo.

Bástame recordar á este propósito lo mucho que se ha debatido sobre si el derecho de disfrutar ó gozar de las cosas por el usufructuario es enteramente el mismo que el del dueño, ó si es más reducido, ó si ha de realizarse de distinta manera que aquél; puntos estos, como muchos otros, sobre los cuales en realidad nada dice el Código civil, creyendo haber hecho lo bastante con hablar del derecho á disfrutar de los bienes, y por supuesto, sin fijar á este efecto qué distinción positiva debe haber entre el derecho de gozar la cosa, que según el art. 348 es peculiar de la propiedad tomada como sinónimo de dominio, y el derecho de disfrutar la cosa, que, según el art. 467, es el calificativo empleado para la designación del usufructo.

No era fácil, ciertamente, trazar con motivo de cada institución de las que comprende la propiedad menos plena (las que caracterizan las servidumbres), el desenvolvimiento de la utilidad de las cosas, que consiste en su disfrute jurídico.

Sobre obligar semejante sistema á frecuentes repeticiones que en muchos casos podrían conducir á confusión y probablemente á contradicciones, regulando el derecho de disfrute en cada institución, ó había de optarse por no decir nada, como hace el Código en cuanto á su régimen general, dejando que con el tiempo la jurisprudencia supla la obra del legislador, con todos los inconvenientes que son consecuencia de tan peligrosa perturbación de funciones, ó lanzarse desde luego á desenvolver sistemáticamente el derecho de propiedad, para presentar, mediante el indicado deslinde entre las utilidades de las cosas como materia sustantiva de la propiedad (capítulo 1.°, título 1.°, libro 3.°), y los derechos de las personas como forma de la propiedad (capítulo 2.° del mismo título y libro), qué es ó en qué consiste jurídicamente el derecho de disfrute, así como el alcance ó contenido de cuanto al mismo corresponde, á fin de que de este modo, á semejanza de lo que hace el referido párrafo 2.° de dicho artículo 1.313 del Proyecto, baste una simple disposición de referencia para fijar, por precepto positivo, cuál sea la parte sustantiva ó inherente á la cosa del derecho de propiedad característico de cada una de sus instituciones.

En este sentido, lo relativo al derecho real de usufructo se circunscribe al disfrute según viene regulado en la sección primera del capítulo 1.°, que trata de la propiedad en general, aunque con la excepción relativa á las adquisiciones que en razón de la cosa apropiada pueden tener lugar por ocupación, por accesión ó por retracto legal.

De sobra es sabido que las legislaciones no han podido menos de negar al usufructuario los frutos conocidos en las escuelas con el nombre de frutos extraordinarios y acerca de los cuales, aunque no con este nombre, reconoce nuestro Código civil (art. 471) que el disfrute de la cosa no se extiende á los tesoros que en ella se descubran.

Nada he de añadir tampoco respecto á las adquisiciones por accesión. También el mismo Código (art. 479) reconoce propiamente la necesidad de excluirlas, al limitar el derecho del usufructuario sólo al disfrute del aumento ó beneficio que por ellas reporte la cosa constituída en usufructo; y aunque nada diga respecto á las adquisiciones por retracto legal, no es difícil comprender que con mayor motivo deben quedar excluídas de toda acción correspondiente al usufructo.

Fijada de esta suerte la naturaleza de esta institución, bastaba, para determinar su concepto, señalar las cosas que pueden ser ó no objeto del usufructo.

Por no haberlo hecho el Código, sin duda á consecuencia de las últimas palabras del art. 467, que dan pretexto á la posibilidad de desnaturalizar el usufructo, hasta el punto de no poderlo calificar siquiera de verdadero derecho real, ha venido el Código á admitir en principio la posibilidad de que el usufructo se establezca sobre todo lo que no sea un derecho personalísimo ó intransmisible (artículo 469 del Código.)

El problema, como se comprende, es en este punto sencillísimo.

Ó regular el usufructo de modo que resulte que no se sepa lo que es, para dejarlo entregado exclusivamente á lo que los interesados quisieran designar como tal, que es lo único que permite la referida latitud, por la cual cabe que tenga acceso en el usufructo todo derecho, siempre que no sea personalísimo ó intransmisible, y esto con las múltiples complicaciones que ha de producir su desarrollo, según he de verme precisado á hacer notar con ocasión de los demás artículos que el Código dedica á esta institución, ó tratar el usufructo según su verdadera naturaleza jurídica, como una institución del derecho de propiedad y originario, por consiguiente, de un derecho real sobre cosa determinada y concreta, para lo cual,

como revela esta misma indicación, sólo pueden ser objeto de usufructo las cosas ú objetos jurídicos susceptibles de derecho real, y aquellas, por tanto, que en razón de su propia naturaleza admiten la simultaneidad permanente entre el dueño y el usufructuario.

En este sentido únicamente las cosas corporales específicas son las que tienen condiciones para ser objeto de usufructo, y esto es precisamente lo que previene el artículo 1.314 del Proyecto, que reserva por medio de su párrafo 2.°; y como efecto del usufructo que se intente establecer respecto á las esencialmente genéricas ó fungibles, el de servir de título para la adquisición de su dominio.

Ya veremos más adelante al ocuparnos de los derechos del usufructuario, mediante qué condiciones debe realizarse la referida adquisición. Pero al fin, la eficacia del usufructo, hasta llegar á semejante transferencia del dominio, se reduce únicamente á servir de título para conseguirlo, toda vez que ni las cosas fungibles permiten aquella simultaneidad á que antes me refería entre los derechos del dueño y los del usufructuario, ni se prestan por consiguiente á que el derecho real de éste pueda consistir en otra cosa que en adquirir definitivamente, y sin otra trascendencia que la de tomar sobre sí responsabilidades personales más ó menos garantizadas, la cosa genérica sobre la cual el usufructo tenga que hacerse efectivo.

Buena muestra de ello ofrece el mismo Código civil en su art. 482, cuyos términos revelan bien claramente que el derecho del usufructuario, en las cosas que no se puedan usar sin consumirlas, no se limita en realidad á servirse de las mismas, según refiere el Código con expresión inadecuada, sino á convertirse positivamente en dueño, truncando por completo todo derecho real peculiar á quien debiera serlo de las cosas usufructuadas, para

dejar entregada la virtud del usufructo á una obligación de pago ó restitución de igual calidad y cantidad, es decir, á meras relaciones personales entre el supuesto dueño y el llamado usufructuario.

Ahora bien: ¿puede ser conveniente, responde siquiera á la seriedad propia de un cuerpo legal como el Código civil, el empeño absurdo de llamarse á las cosas de distinta manera de aquella en que natural y jurídicamente puedan subsistir, suponiendo la virtualidad de una institución que no puede tener otra base que una mera ficción legal?

¿Dónde está el usufructo, una vez puesta en poder del usufructuario la cosa que no se puede usar sin consumirla, aquella, en una palabra, que permite su sustitución por otra de igual cantidad y calidad? ¿No se ve claramente que el usufructo termina por el modo que caracteriza el apoderamiento de la cosa, como complemento, si cabe decirlo así, del título en cuya virtud el llamado usufructuario queda facultado para servirse de ella como verdadero dueño?

No es extraño que algunos comentaristas de nuestro Código civil, sin duda para no rectificar el art. 469 del Código, hayan creído ver en el usufructo de las cosas que se consumen por el uso, la realización de un préstamo mutuo, por las analogías que, en cuanto á las obligaciones del llamado usufructuario, existen con las que son propias del prestatario.

Pero si es preciso no buscar analogías donde no es absolutamente indispensable, ni confundir las instituciones que responden á principios completamente distintos, ni empeñarse en mantener ficciones legales, cuya falta de fundamento se ha de confesar paladinamente por el mismo precepto que autoriza la ficción, no puede menos de advertirse, como establece el párrafo segundo del art 1.314 del Proyecto, que el valor jurídico de la institución usu-

fructuaria, en las cosas esencialmente genéricas, no es ni puede ser otra cosa que el de servir de título para adquirir el dominio, toda vez que al realizarse el *modo* queda enteramente truncada toda relación entre el usufructuario y el dueño, respecto á la cosa de que se trata, la cual queda, asimismo, en poder del usufructuario para disponer en absoluto de ella.

Consecuencia inmediata de lo que acabo de referir, con relación al art. 1.314 del Proyecto, había de ser igualmente la reforma que respecto al 469 del Código resulta de los artículos 1.315, 1.316 y 1.317 del Proyecto que acompaño.

Independientemente de las *cosas*, era preciso trazar la eficacia del usufructo cuando se intentara establecer sobre algún *derecho*. Esta necesidad no se ofrecería, sin embargo, si el Código por su art. 469 no viniera á dar á entender que todo derecho, no siendo personalísimo ó intransmisible, puede ser materia de usufructo.

Las tradiciones jurídicas, respecto al llamado *cuasi usufructo,* y el sentido con que prácticamente se ha admitido por la ciencia y por la legislación que con este nombre se reputen las facultades conferidas, por acto entre vivos ó por causa de muerte, sobre el disfrute de los derechos personales ó reales, hace preciso desvanecer las preocupaciones arraigadas en este punto, á fin de señalar, á semejanza de lo que acabo de hacer respecto á las cosas genéricas, qué valor suspensivo ó resolutorio, cabe que tenga únicamente toda facultad usufructuaria sobre algo que no pueda ser objeto de usufructo, y en qué cosas y cómo, según la naturaleza de los derechos sobre los cuales se intente constituir, puede llegar á ser eficaz aquel para el cual no existan términos hábiles en el momento en que se trate de su respectiva constitución.

Hay, por decirlo así, en esta situación en que faltan para el usufructo sus condiciones esenciales, un período

intermedio que puede constituir su aplazamiento ó dar lugar á su resolución.

Pero independientemente de estas particularidades, lo que desde luego se ofrece como positivo para la institución del usufructo es que, ante la realidad que retrata el artículo 1.314 del Proyecto, ni los derechos reales ni los personales pueden ser objeto de semejante institución.

Esta afirmación, sin embargo, que consigna ante todo el art. 1.315, exigía disposiciones reguladoras que permitiesen realizar, sin menoscabo de la naturaleza del usufructo, la voluntad de los particulares ó los generales intereses de la ley por el medio de esta institución, cuando los bienes sobre que haya de recaer consistieran en cosas incorporales y, por tanto, en derechos reales, ó en responsabilidades características de los derechos meramente personales.

Atender á semejante exigencia, más bien de la vida práctica en el derecho que de sus fundamentales principios, había de conducir necesariamente á reconocer algún valor jurídico, en lugar de negarle toda eficacia, á cualquier derecho ó relación establecida con el nombre de usufructo sobre bienes que rechazan esta forma de propiedad.

Llamar usufructo á lo que no lo es, como viene á hacerse en el Código, es desnaturalizar esta institución é introducir la perturbación en el derecho.

Si el rigor de los principios rechaza en tales casos la institución del usufructo, las conveniencias de la vida social permiten escogitar un régimen capaz de conducir, según las cosas, á que aquél se constituya ó se resuelva; y he aquí por qué indicaba que el mismo art. 1.315, al atribuir eficacia á estos derechos de usufructo que por su objeto no tienen condiciones para serlo, declara francamente que no constituyen verdaderos usufructos, y señala además en qué clase de derechos reales y en qué

clase de derechos personales es posible autorizar semejante situación.

Por lo que á los derechos reales se refiere, ni las servidumbres reales, por razón de su dependencia de un fundo determinado, y en las cuales, por consiguiente, el usufructo ha de consistir precisamente en el del mismo fundo en cuyo beneficio aquéllas se encuentran constituídas, ni tampoco las servidumbres personales por el carácter personalísimo que revisten independientemente de la forma, por la cual, así el Código (art. 480), como la ley Hipotecaria (núm. 2.°, art. 107), procuraron salvar, mediante el derecho á percibir los frutos lo que tiene de personalísimo el usufructo, ofrecen materia para que éste pueda ser constituído; ocurriendo lo mismo respecto á la propiedad imperfecta, que deriva de la hipoteca y de la prenda, con motivo del carácter meramente de garantía que acompaña á semejantes derechos reales, en cuya virtud la obligación garantizada y, por tanto, el derecho personal que determina, sería aquel en consideración al cual debería surtir efecto el usufructo que sobre él se tratase de establecer.

Pues si se considera el asunto respecto á los derechos personales, se ve igualmente que reunen asimismo carácter personalísimo aquellos cuya materia útil consiste en una obligación de hacer ó en alguna de omitir, puesto que ni los hechos ni las omisiones son materia que por sí sola pueda determinar una utilidad susceptible de propiedad.

Así, pues, sólo los derechos personales que consisten en alguna obligación de dar, y únicamente los censos respecto á los derechos reales, son los que pueden ofrecer materia para la constitución del usufructo, aun cuando éste deba depender de circunstancias especialísimas que, por lo que se refiere á los derechos personales, habrán de consistir en que por el cumplimiento de la obligación se

determine en cosa específica la utilidad de los mismos (artículo 1.084 del Proyecto), puesto que sólo entonces resultará, á consecuencia de semejante clase de derechos, un objeto susceptible de propiedad y, por tanto, de usufructo; así como, por lo que se refiere á los censos, habrán de consistir igualmente, tratándose del enfitéutico, en la realización del comiso, que daría lugar también, como efecto del censo mismo, á la existencia de una cosa susceptible de distribuir su disfrute entre el dueño y el usufructuario.

Por más que, en este sentido, todo usufructo sobre el dominio directo ó sobre derechos personales correlativos de alguna obligación de dar, no carezca en absoluto de condiciones para que, con ocasión de los mismos, su utilidad se circunscriba en cosa corporal específica que permitiría, en tal caso, la eficacia del usufructo sobre ellos constituído, es lo cierto, según ya indicaba anteriormente, que si esta eventualidad posible y casi necesaria en los referidos derechos personales es motivo para que no se prohiba en absoluto un usufructo que con ocasión de los mismos derechos puede llegar á constituirse de un modo verdadero, no por ello cabe desconocer que, mientras dicha eventualidad no se realiza, la situación de semejante usufructo ha de ser enteramente anormal y motivo, por consiguiente, para regularlo mediante disposiciones especiales que en la práctica confieran verdadera legitimidad á la referida expectativa de dicha institución.

He creído, sin embargo, que al formular semejante régimen podía incluir también en sus disposiciones, sin peligro de producir perturbación en el ejercicio de sus derechos respectivos, al censo consignativo y reservativo, toda vez que limitándose sus frutos á la percepción del canon, cabía también adoptar, con ocasión de los referidos censos y en armonía con lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 1.314 respecto al usufructo sobre las co-

sas fungibles, una solución capaz de concertar los derechos del propietario y del usufructuario sobre la base de la transmisión temporal del censo bajo condición resolutoria.

He aquí indicada, en breves palabras, la doctrina de los artículos desde el 1.314 al 1.318 del Proyecto; doctrina que, á la vez que autoriza para dejar de considerar como usufructo lo que realmente no lo es y poder, de consiguiente, desenvolver esta institución conforme á los principios en que descansa su naturaleza jurídica, como una de las formas de derecho de propiedad, regula una materia que, aun cuando no puede decirse que el Código guarda acerca de ella un absoluto silencio, se substrae, sin embargo, al carácter meramente casuístico con que el Código se refiere á ella en sus artículos 475 y 482, según se trate de derechos transmisibles ó de cosas fungibles, formulando en cambio reglas generales que permitan aplicar semejante doctrina, cualesquiera que sean las obligaciones ó derechos personales á que pueda hacer referencia.

Artículo 468.—Casi idéntico al enunciado de este artículo, en su primera parte, es el 1.319 del Proyecto.

Omítese, no obstante, en este último la conclusión del contenido de su correspondiente en el Código.

Esta omisión, sin embargo, es por todo extremo interesante. A la ley y á la voluntad, como fuentes para la constitución del usufructo, agrega el Código la prescripción en el citado art. 468.

Ni el derecho Romano, no obstante, haber sido muy debatido este punto entre sus jurisconsultos, ni nuestra antigua legislación (ley 20, tít. XXXI, Partida 3.ª), reconocieron á la prescripción como título para adquirir la servidumbre de usufructo.

Aunque estimaran á la prescripción como manera de terminar el usufructo (ley 24, tít. XXXI de la misma

Partida), no hay que confundir la prescripción como título para adquirir, y la prescripción como título para perder.

El reconocimiento de esta última, que también se expresa en el Código civil (núm. 7.° del art. 513), no implica necesariamente la admisión de la primera, que es precisamente lo que hace el art. 468.

Esta innovación en nuestro derecho no respondía, por cierto, á exigencia alguna de la ley de Bases, como no fuera teniendo presente tan sólo el proyecto de Código de 1851 (art. 436), sin la salvedad que á propósito del mismo consigna la primera base de la mencionada ley, así como dejando de considerar, además, que aun el mismo Código, de igual manera que el proyecto de 1851, incurrían en marcada contradicción con sus respectivas disposiciones reguladoras de la institución de la prescripción, á pesar de no poder invocar como modelo el Código francés en que principalmente se inspiró el referido proyecto.

No desconozco, ciertamente, que, no obstante haber consignado expresamente el Código francés (art. 579) que el usufructo se establece por la ley ó por la voluntad del hombre, sin contener por tanto disposición expresa acerca de la prescripción, sus comentaristas han procurado sostener que en forma indirecta resulta admitida semejante manera de constituir el usufructo, como uno de los derechos que á la propiedad corresponden; y que, en este sentido, la mayor parte de las legislaciones modernas han acogido también á dicho título para su constitución, sin observar que remitiéndola en tal caso á la prescripción extraordinaria, lo que en realidad tiene lugar, en lo que dichas legislaciones califican de prescripción del usufructo, es la adquisición de la cosa, en una palabra, la constitución del dominio, y, de consiguiente, lo que en buenos principios pone término á su modificación ó restricción.

No son ni han podido ser, sin embargo, semejantes precedentes fundado motivo para acoger nuestro Código civil, por mera transcripción de lo prevenido en el proyecto de Código de 1851, el principio de que también por prescripción pueda constituirse el usufructo.

Si, como acabo de indicar, en muchas legislaciones extranjeras aparece un precepto análogo, sus propios comentaristas se han encargado de dar á conocer que era debido á la consideración del usufructo como un derecho de propiedad; y claro es que, después de lo que dejo expuesto al hablar del art. 467 del Código civil, semejante criterio no podía constituir verdadero fundamento para la adopción de una reforma de nuestro antiguo derecho, cuando precisamente no sólo rechaza el Código en la naturaleza del usufructo el carácter de verdadero derecho real, que es condición inherente á todo derecho de propiedad, sino que llega al extremo de desnaturalizarla de tal modo que introduce el caos en esta institución, para que, como decía, se tenga por usufructo todo lo que los particulares quieran calificar con este nombre.

Si, pues, lo dispuesto en las últimas palabras del artículo 468 del Código civil ni tiene precedente en el derecho Romano, ni fundamento en nuestra legislación, ni apoyo en el Código francés, ni motivo científico en las demás legislaciones modernas que como derecho de propiedad lo reputan susceptible de ser adquirido por prescripción, ¿qué ha podido decidir al legislador español para introducir en el derecho patrio la reforma referida?

He aquí realmente un punto difícil, por no decir imposible, de esclarecer; porque, para que todo resulte anómalo, se da además la circunstancia de que aun el mismo legislador español ha dado muestra de no haber sido siquiera su propio criterio aquel á que ha obedecido en semejante innovación.

De no haber sido así, el Código habría guardado, al me-

nos, conformidad con las disposiciones relativas á la institución de la prescripción, y, sin embargo, son precisamente estas mismas disposiciones las que revelan de un modo manifiesto que lo dispuesto á este propósito en este artículo 468 es una verdadera contradicción, por no decir un imposible legal.

Un capítulo (el 2.° del tít. 18 del lib. 4.°) dedica precisamente nuestro Código civil á regular la prescripción del dominio y demás derechos reales, y basta observar el contenido de sus artículos 1.940 y 1.941 para convencerse de que el usufructo no es susceptible de ser adquirido por prescripción ordinaria, toda vez que el segundo de dichos artículos terminantemente establece que la posesión ha de ser *en concepto de dueño,* pública, pacífica y no interrumpida; con lo cual se ve que queda enteramente excluída la posesión del usufructuario, como tal, para servir de medio en la adquisición por prescripción de algún derecho de usufructo.

Pues si se fija la atención en la prescripción extraordinaria, y, por tanto, en el art. 1.959 del Código civil respecto á los bienes inmuebles, y en el párrafo 2.° del 1.955 respecto á los bienes muebles, se verá, con no menos evidencia, que no influyendo para nada ni el título ni la buena fe; y bastando, por consiguiente, la posesión no interrumpida en los plazos respectivamente señalados en los citados artículos, la posesión de la cosa por el usufructuario, ó habría de llevar consigo la prescripción de la cosa misma, y por tanto de su dominio, si aquél prescindiera del respectivo concepto del usufructo, ó sería imposible la prescripción de este derecho, tanto por mantener el dueño la posesión civil, como por no tener la del usufructuario la que en concepto de dueño exige el referido art. 1.941 para adquirir por prescripción, é igualmente por necesitar, así el usufructuario como cualquier otro poseedor de un derecho real, de título derivativo

procedente del dueño de la cosa y referente al respectivo derecho de que aquél disfruta; lo cual es precisamente una circunstancia enteramente opuesta á la doctrina de la prescripción extraordinaria, que, si sirve de título para adquirir (aunque escuelas y legislaciones la califiquen de *modo)*, es señaladamente sobre la base única y exclusiva del hecho de la posesión durante el tiempo necesario, como lo reconoce el mismo art. 1.959 al establecer su eficacia sin necesidad de título ni buena fe.

Para que la posesión de un derecho real no se extienda á la cosa que se tenga materialmente, como medio necesario para el disfrute de semejante derecho, y se limite únicamente al derecho mismo, es indispensable que el poseedor cuente con un título derivado de la ley ó de la voluntad del dueño; título que, en todo caso, excluiría el de la prescripción, si cupiera admitir sólo á la prescripción (dicho art. 468) como título para la adquisición de los derechos reales limitativos.

De otro modo, el concepto del poseedor limitado á la mera posesión de algún derecho real no aparecería, y su posesión, por tanto, resultaría ser la posesión de la cosa en lugar de la simple posesión del derecho.

En este sentido la posesión de la cosa conferiría, no el derecho real, sino el dominio, al completar por el solo hecho posesorio el tiempo señalado para la prescripción extraordinaria.

Pero, en cambio, todo concepto reducido á estimar en tal caso la posesión de un derecho, aun cuando fuera, como no puede menos de ser, sobre la base del título en que se diesen á conocer las condiciones características ó forma de propiedad (utilidad determinada) del derecho poseído, carecería de elementos propios para conferir por ella la constitución del derecho mismo, toda vez que, según los artículos 1.940 y 1.941, la posesión con título no es medio de adquirir, no siendo en concepto de dueño, y

toda vez que la prescripción extraordinaria es precisamente la que se determina sin título ni buena fe, y, por tanto, con entera independencia de semejantes elementos; lo cual no sucedería en el caso á que me refiero, dependiendo como dependería necesariamente del título el concepto del poseedor del derecho de que se tratara.

No hay, pues, términos hábiles para admitir la prescripción como título constitutivo del usufructo, no habiéndolos, según acabo de indicar, para que por ella pueda realizarse en plazo extraordinario la adquisición de derechos reales no fundados en el dominio; pues en este punto, ó es preciso prescindir de toda la doctrina de la prescripción extraordinaria, que, apoyada en el hecho posesorio, ni requiere título ni buena fe, y es y debe ser independiente de estos dos elementos, ó no habría motivo para negar la prescripción ordinaria, aun cuando fuera no poseyendo en el concepto de dueño, contra el citado artículo 1.941 del Código civil.

Artículo 469.—Después de lo dicho al ocuparme del art. 467, acerca de la imposibilidad de constituir verdadero usufructo sobre los derechos, ya sean éstos reales, ya personales; y dando, en su consecuencia, aquí por reproducida la doctrina antes expuesta, que tiene en el Proyecto que acompaño su desenvolvimiento en los artículos 1.315, 1.316 y 1.317, como rectificación del enunciado que constituye la última parte del mencionado art. 469 del Código, poco tendría que añadir, en lo referente á lo demás, como no sea hacer presente la casi imposibilidad de admitir, en el sentido general ó absoluto en que lo consigna dicho artículo, la constitución del usufructo á favor de varias personas sucesivamente, y, en todo caso, desde cierto día ó bajo condición.

Lo primero podía servir de medio para restablecer en nuestro derecho, aunque en forma de usufructo, las vinculaciones ó manos muertas que hace años han perdido

su antigua legitimidad; y lo segundo podría igualmente autorizar la suspensión indefinida de los derechos y la consiguiente indeterminación de los que á la propiedad corresponden, alterando, de esta suerte, así la doctrina como el fundamento á que obedece la institución de la prescripción.

El Código, que había procurado precaverse contra el abuso que, en el sentido indicado, cabía realizar por medio de las instituciones fideicomisarias, trazando por el art. 781 los límites en que éstas pueden tener validez ó eficacia jurídica, hubo necesariamente de considerar el portillo que quedaría abierto para semejantes instituciones, relegadas de nuestra legislación, utilizando la del usufructo.

Por esto, sin duda, el art. 787 estableció límites análogos á los de las sustituciones fideicomisarias, para los llamamientos que al usufructo hicieran los testadores en favor de varias personas sucesivamente, restringiendo de esta suerte la indicada facultad que, aun en estas condiciones, concede de una manera general ó absoluta el mencionado art. 469 del Código.

Esta rectificación, por la cual se restringe en el art. 787 lo dispuesto en el art. 469, tiene, sin embargo, dos inconvenientes de capital importancia.

Consiste el primero en que la restricción referida queda limitada, según los términos de la ley, á las disposiciones testamentarias, y, aun entre éstas, á las relativas á la herencia; concepto que, aun prescindiendo de su mayor ó menor aplicación á las demás disposiciones testamentarias, tiene sin embargo el gravísimo inconveniente de no alcanzar á los demás títulos por los cuales puede constituirse el usufructo; puesto que, si á ellos se hubiera propuesto el legislador extender aquella restricción al reconocer, según el art. 468, que el usufructo se constituye por acto entre vivos y por la ley, lo habría consignado

y el llamado usufructuario, para restablecer, si cabe decirlo así, la normalidad anterior al usufructo cuando éste deba legalmente terminar.

He aquí, sin duda, por qué el Código no se atrevió á calificar de derecho real al usufructo, creyendo que es una institución jurídica que puede quedar reducida á ser expresión, en estos casos, de derechos meramente personales.

El Código, desgraciadamente, olvidó lo que, como nota más terminante, le exigía la ley de Bases.

Por afán de acomodarse á sus exigencias, acabó por desatenderlas.

Así como la ley de Bases le exigía que definiera y regulase el usufructo como limitación del dominio, huyó de esto, dejó al efecto de conferir al usufructo valor de derecho real y acabó, según decía, admitiendo como tal al que sólo pudiera ser expresión de derecho meramente personal.

Sólo con no haber dejado de regular el usufructo como limitación del dominio, lo cual necesariamente obligaba á sustentar en el desarrollo de dicha institución, bien de un modo ó bien de otro, con mayor ó menor extensión, pero al fin con alguna, la propiedad del dueño, habría bastado para que el Código no hubiese incurrido en el lamentable error que acabo de señalar y por el cual, rasgando todo nuestro derecho acerca de esta institución, ha quebrantado además la mencionada ley de Bases y convertido, por consiguiente, al usufructo, no en un derecho limitativo del dominio, sino en un derecho susceptible de acabar con el dominio.

En este punto se ha tomado por principal lo que en realidad es accesorio; se ha desconocido la naturaleza del usufructo para fijarse tan sólo en el detalle de la percepción de los frutos, como si esta percepción sólo pudiera ser resultado, en el derecho de propiedad, de la institu-

ción del usufructo y no de otras tantas como el dominio, el uso y las servidumbres, es decir, de las instituciones que forman el cuadro de la propiedad plena y de la propiedad menos plena, prescindiendo aun de la facultad de disfrutar cuando es consecuencia del derecho meramente personal.

El Código, por lo visto, ha dicho: llamemos usufructo á todo derecho por el cual se pueden disfrutar bienes ajenos; nada importa si este derecho de disfrute puede ó debe realizarse en concurrencia con el derecho de dominio; nada importa que la cosa sobre que deba realizarse haya de conservarse en su forma ó su substancia por el usufructuario; todas estas notas capitalísimas, relativas á la convivencia de los derechos de propiedad en que, no obstante la unidad de la cosa, la variedad de sus distintas utilidades jurídicas permite que sea á la vez objeto de derechos diversos correspondientes á personas diferentes, ninguna significación pueden tener ante la necesidad, á su juicio, de que se designe como usufructuario al que es llamado al disfrute, y, por lo mismo, como usufructo todo derecho á percibir frutos de bienes ajenos.

Es realmente inconcebible que no se haya pensado siquiera que de nada sirve el empeño de calificar como usufructo el derecho á percibir frutos cuando la naturaleza de las cosas hace imposible realizarlo sin adquirir el dominio real ó presunto de las mismas.

Empeñarse en sostener el calificativo de usufructo á lo que positivamente consiste en la transmisión del dominio; querer ver á la propiedad independientemente del carácter específico de las cosas apropiadas; barajar, sin norma alguna, el derecho de propiedad y el derecho de obligaciones, para confundir por completo la materia de los derechos reales y personales, que es lo que en el fondo pone de manifiesto, con relación á la institución de que me ocupo, el art. 467 del Código, sólo se comprende en un

cuerpo legal que, como ya he tenido ocasión de manifestar más de una vez, ha estimado como baladí la estructura y el orden de las instituciones; que no tiene en realidad, por lo mismo, cuadro alguno que determine, con arreglo á principios fundamentales, el régimen de la propiedad, y que, como necesariamente había de sucederle, por haber dejado de reconocer la trascendencia que tiene el precisar las conexiones ó enlaces de unas instituciones con otras, se ha visto en la imposibilidad de caracterizar la naturaleza especial de cada una.

En oposición á esta falta de criterio tan indispensable para fijar, mediante el derecho positivo, lo que es esencial en cualquiera institución, presenta el Proyecto que acompaño los artículos 1.313 y 1.314, que fijan como base de la materia general relativa al usufructo su naturaleza jurídica, la utilidad á que se contrae en su mayor latitud y los objetos ó cosas sobre que puede recaer.

Nada capaz de alterar su naturaleza por el título de su constitución; mucho menos franquear á la ley ocasión ó facultad para dar á conocer como usufructo lo que la misma tiene que rechazar como tal: y por esto, prescindiendo de la adición ó complemento que aparece en la redacción definitiva del art. 467 del Código, concreta el párrafo 1.° del art. 1.313 del Proyecto la noción del usufructo á lo demás que comprende el referido artículo del Código, aunque proclamando, ante todo, su carácter de derecho real, cuyo efecto limitativo del dominio resulta ya prevenido en el art. 1.303 y cuya utilidad determinada, asunto de semejante limitación, deja igualmente prevenido el art. 1.278 del mismo Proyecto.

Pero la calificación del usufructo, por completa que fuera en su definición, no puede prescindir de señalar concretamente la utilidad en que radica.

Sin sistema acerca del régimen de la propiedad, se explica que pueda creerse suficiente dar las notas caracte-

rísticas respecto á la forma del usufructo, ó lo que podríamos llamar la manera de obtener los efectos que produce; pero, recayendo como éstos deben recaer precisamente en una misma cosa que, á su vez, es materia jurídica para otros derechos que coexisten, por lo mismo, en cuanto al objeto y autorizan, de consiguiente, sobre él la acción de personas diferentes, como así sucede en todo lo que comprende la propiedad menos plena, según consigna de un modo general el párrafo 3.° de dicho art. 1.278 del Proyecto, esos límites respectivos que, en el orden de la forma, fijan la naturaleza del derecho real para señalar el alcance de la acción del dueño y la del usufructuario, han de mostrarse igualmente en el terreno de la materia, para señalar, de entre las utilidades jurídicas de las cosas, cuáles son aquellas susceptibles de servir de objeto á la institución del usufructo.

Recuérdese que precisamente con este motivo, respondiendo especialmente á esta idea fundamental, el título 1.° del libro 3.° del Proyecto, cuyo título desenvuelve el derecho de propiedad, sólo comprende, independientemente del capítulo 3.°, destinado á tratar de la inscripción de los derechos de propiedad sobre los bienes inmuebles; sólo comprende, digo, dos capítulos, á saber: el primero, destinado á tratar de la propiedad en general, donde se señalan primordialmente cuántas son las utilidades jurídicas en que consiste el derecho de propiedad; y el capítulo 2.°, que trata de la clasificación de ésta, para presentar cuáles son las diversas formas por las que pueden darse á conocer y conseguirse las referidas utilidades; distribución que muestra, en una palabra, qué es la propiedad con relación á las cosas (capítulo 1.°), y qué es la propiedad con relación á los derechos de las personas (capítulo 2.°)

Ahora bien; dado este deslinde de elementos sustantivos y formales en el derecho de propiedad, necesario es

que así se muestren calificados en cada una de sus instituciones; y he aquí, como antes decía, que para dar á conocer con exactitud en qué consiste el usufructo, no basta presentarlo como derecho real y, por tanto, con las notas en que condensa su efecto modificativo ó limitativo del dominio, sino que es indispensable fijar de igual manera cuál sea, entre las utilidades que al dominio corresponden, ó por mejor decir, entre las utilidades jurídicas de las cosas, aquella sobre la cual recae precisamente el usufructo; en una palabra, aquella en razón de la que se realiza por el usufructo la sujeción de la cosa á la persona.

Este es verdaderamente el contenido del párrafo 2.º del artículo 1.313, por el que viene á precisarse dentro de qué límite puede tener lugar el disfrute de la cosa ajena por medio del usufructo.

Bástame recordar á este propósito lo mucho que se ha debatido sobre si el derecho de disfrutar ó gozar de las cosas por el usufructuario es enteramente el mismo que el del dueño, ó si es más reducido, ó si ha de realizarse de distinta manera que aquél; puntos estos, como muchos otros, sobre los cuales en realidad nada dice el Código civil, creyendo haber hecho lo bastante con hablar del derecho á disfrutar de los bienes, y por supuesto, sin fijar á este efecto qué distinción positiva debe haber entre el derecho de gozar la cosa, que según el art. 348 es peculiar de la propiedad tomada como sinónimo de dominio, y el derecho de disfrutar la cosa, que, según el art. 467, es el calificativo empleado para la designación del usufructo.

No era fácil, ciertamente, trazar con motivo de cada institución de las que comprende la propiedad menos plena (las que caracterizan las servidumbres), el desenvolvimiento de la utilidad de las cosas, que consiste en su disfrute jurídico.

Sobre obligar semejante sistema á frecuentes repeticiones que en muchos casos podrían conducir á confusión y probablemente á contradicciones, regulando el derecho de disfrute en cada institución, ó había de optarse por no decir nada, como hace el Código en cuanto á su régimen general, dejando que con el tiempo la jurisprudencia supla la obra del legislador, con todos los inconvenientes que son consecuencia de tan peligrosa perturbación de funciones, ó lanzarse desde luego á desenvolver sistemáticamente el derecho de propiedad, para presentar, mediante el indicado deslinde entre las utilidades de las cosas como materia sustantiva de la propiedad (capítulo 1.°, título 1.°, libro 3.°), y los derechos de las personas como forma de la propiedad (capítulo 2.° del mismo título y libro), qué es ó en qué consiste jurídicamente el derecho de disfrute, así como el alcance ó contenido de cuanto al mismo corresponde, á fin de que de este modo, á semejanza de lo que hace el referido párrafo 2.° de dicho artículo 1.313 del Proyecto, baste una simple disposición de referencia para fijar, por precepto positivo, cuál sea la parte sustantiva ó inherente á la cosa del derecho de propiedad característico de cada una de sus instituciones.

En este sentido, lo relativo al derecho real de usufructo se circunscribe al disfrute según viene regulado en la sección primera del capítulo 1.°, que trata de la propiedad en general, aunque con la excepción relativa á las adquisiciones que en razón de la cosa apropiada pueden tener lugar por ocupación, por accesión ó por retracto legal.

De sobra es sabido que las legislaciones no han podido menos de negar al usufructuario los frutos conocidos en las escuelas con el nombre de frutos extraordinarios y acerca de los cuales, aunque no con este nombre, reconoce nuestro Código civil (art. 471) que el disfrute de la cosa no se extiende á los tesoros que en ella se descubran.

Nada he de añadir tampoco respecto á las adquisiciones por accesión. También el mismo Código (art. 479) reconoce propiamente la necesidad de excluirlas, al limitar el derecho del usufructuario sólo al disfrute del aumento ó beneficio que por ellas reporte la cosa constituída en usufructo; y aunque nada diga respecto á las adquisiciones por retracto legal, no es difícil comprender que con mayor motivo deben quedar excluídas de toda acción correspondiente al usufructo.

Fijada de esta suerte la naturaleza de esta institución, bastaba, para determinar su concepto, señalar las cosas que pueden ser ó no objeto del usufructo.

Por no haberlo hecho el Código, sin duda á consecuencia de las últimas palabras del art. 467, que dan pretexto á la posibilidad de desnaturalizar el usufructo, hasta el punto de no poderlo calificar siquiera de verdadero derecho real, ha venido el Código á admitir en principio la posibilidad de que el usufructo se establezca sobre todo lo que no sea un derecho personalísimo ó intransmisible (artículo 469 del Código.)

El problema, como se comprende, es en este punto sencillísimo.

Ó regular el usufructo de modo que resulte que no se sepa lo que es, para dejarlo entregado exclusivamente á lo que los interesados quisieran designar como tal, que es lo único que permite la referida latitud, por la cual cabe que tenga acceso en el usufructo todo derecho, siempre que no sea personalísimo ó intransmisible, y esto con las múltiples complicaciones que ha de producir su desarrollo, según he de verme precisado á hacer notar con ocasión de los demás artículos que el Código dedica á esta institución, ó tratar el usufructo según su verdadera naturaleza jurídica, como una institución del derecho de propiedad y originario, por consiguiente, de un derecho real sobre cosa determinada y concreta, para lo cual,

como revela esta misma indicación, sólo pueden ser objeto de usufructo las cosas ú objetos jurídicos susceptibles de derecho real, y aquellas, por tanto, que en razón de su propia naturaleza admiten la simultaneidad permanente entre el dueño y el usufructuario.

En este sentido únicamente las cosas corporales específicas son las que tienen condiciones para ser objeto de usufructo, y esto es precisamente lo que previene el artículo 1.314 del Proyecto, que reserva por medio de su párrafo 2.°; y como efecto del usufructo que se intente establecer respecto á las esencialmente genéricas ó fungibles, el de servir de título para la adquisición de su dominio.

Ya veremos más adelante al ocuparnos de los derechos del usufructuario, mediante qué condiciones debe realizarse la referida adquisición. Pero al fin, la eficacia del usufructo, hasta llegar á semejante transferencia del dominio, se reduce únicamente á servir de título para conseguirlo, toda vez que ni las cosas fungibles permiten aquella simultaneidad á que antes me refería entre los derechos del dueño y los del usufructuario, ni se prestan por consiguiente á que el derecho real de éste pueda consistir en otra cosa que en adquirir definitivamente, y sin otra trascendencia que la de tomar sobre sí responsabilidades personales más ó menos garantizadas, la cosa genérica sobre la cual el usufructo tenga que hacerse efectivo.

Buena muestra de ello ofrece el mismo Código civil en su art. 482, cuyos términos revelan bien claramente que el derecho del usufructuario, en las cosas que no se puedan usar sin consumirlas, no se limita en realidad á servirse de las mismas, según refiere el Código con expresión inadecuada, sino á convertirse positivamente en dueño, truncando por completo todo derecho real peculiar á quien debiera serlo de las cosas usufructuadas, para

dejar entregada la virtud del usufructo á una obligación de pago ó restitución de igual calidad y cantidad, es decir, á meras relaciones personales entre el supuesto dueño y el llamado usufructuario.

Ahora bien: ¿puede ser conveniente, responde siquiera á la seriedad propia de un cuerpo legal como el Código civil, el empeño absurdo de llamarse á las cosas de distinta manera de aquella en que natural y jurídicamente puedan subsistir, suponiendo la virtualidad de una institución que no puede tener otra base que una mera ficción legal?

¿Dónde está el usufructo, una vez puesta en poder del usufructuario la cosa que no se puede usar sin consumirla, aquella, en una palabra, que permite su sustitución por otra de igual cantidad y calidad? ¿No se ve claramente que el usufructo termina por el modo que caracteriza el apoderamiento de la cosa, como complemento, si cabe decirlo así, del título en cuya virtud el llamado usufructuario queda facultado para servirse de ella como verdadero dueño?

No es extraño que algunos comentaristas de nuestro Código civil, sin duda para no rectificar el art. 469 del Código, hayan creído ver en el usufructo de las cosas que se consumen por el uso, la realización de un préstamo mutuo, por las analogías que, en cuanto á las obligaciones del llamado usufructuario, existen con las que son propias del prestatario.

Pero si es preciso no buscar analogías donde no es absolutamente indispensable, ni confundir las instituciones que responden á principios completamente distintos, ni empeñarse en mantener ficciones legales, cuya falta de fundamento se ha de confesar paladinamente por el mismo precepto que autoriza la ficción, no puede menos de advertirse, como establece el párrafo segundo del art 1.314 del Proyecto, que el valor jurídico de la institución usu-

fructuaria, en las cosas esencialmente genéricas, no es ni puede ser otra cosa que el de servir de título para adquirir el dominio, toda vez que al realizarse el *modo* queda enteramente truncada toda relación entre el usufructuario y el dueño, respecto á la cosa de que se trata, la cual queda, asimismo, en poder del usufructuario para disponer en absoluto de ella.

Consecuencia inmediata de lo que acabo de referir, con relación al art. 1.314 del Proyecto, había de ser igualmente la reforma que respecto al 469 del Código resulta de los artículos 1.315, 1.316 y 1.317 del Proyecto que acompaño.

Independientemente de las *cosas,* era preciso trazar la eficacia del usufructo cuando se intentara establecer sobre algún *derecho.* Esta necesidad no se ofrecería, sin embargo, si el Código por su art. 469 no viniera á dar á entender que todo derecho, no siendo personalísimo ó intransmisible, puede ser materia de usufructo.

Las tradiciones jurídicas, respecto al llamado *cuasi usufructo,* y el sentido con que prácticamente se ha admitido por la ciencia y por la legislación que con este nombre se reputen las facultades conferidas, por acto entre vivos ó por causa de muerte, sobre el disfrute de los derechos personales ó reales, hace preciso desvanecer las preocupaciones arraigadas en este punto, á fin de señalar, á semejanza de lo que acabo de hacer respecto á las cosas genéricas, qué valor suspensivo ó resolutorio cabe que tenga únicamente toda facultad usufructuaria sobre algo que no pueda ser objeto de usufructo, y en qué cosas y cómo, según la naturaleza de los derechos sobre los cuales se intente constituir, puede llegar á ser eficaz aquel para el cual no existan términos hábiles en el momento en que se trate de su respectiva constitución.

Hay, por decirlo así, en esta situación en que faltan para el usufructo sus condiciones esenciales, un período

como no podía menos de suceder, que al desenvolver estas mismas formas ó modalidades de la propiedad se ha tropezado con su deficiencia respecto de las primeras, ó lo que es lo mismo, con la imposibilidad de caracterizar por líneas determinadas ó preceptos jurídicos concretos la separación que se produce, en el terreno jurídico, por cualquier derecho de naturaleza real, entre lo que constituye la esfera peculiar del dominio y lo que informa la esfera particular de cada una de sus modificaciones.

Por esto el Código, empujado por la indicada necesidad de señalar la utilidad jurídica del derecho real de usufructo, á que no había procurado atender de antemano, se ve en la precisión de hablar de una misma materia en artículos distintos, como sucede, en cuanto al asunto de que me ocupo, en los artículos 467, 471 y 480, con los inconvenientes de dividirla de semejante manera, y sobre todo, de emplear tecnicismo diferente en cada uno de los términos de dicha división.

Derecho á disfrutar de los bienes según el art. 467; derecho á percibir todos los frutos según el art. 471; facultad ó derecho de aprovechar la cosa usufructuada ó de arrendarla según el 480; expresiones todas que, sobre no tener en el Código la determinación de su respectivo valor jurídico, ofrecen el gravísimo inconveniente de que cualquiera pueda considerar que son totalmente distintas cuando se emplean en preceptos diferentes, porque de otra suerte parece natural que no se repetirían de este modo si el percibir los frutos fuese cosa inherente al disfrute de los bienes, ó el aprovechamiento de la cosa usufructuada estuviese comprendido en el disfrute referido.

¿Son cosas idénticas? ¿Son, por el contrario, diferentes? En este último caso, ¿cuál es el alcance respectivo que motiva su peculiar distinción, y cómo se compaginan todos en la determinación de la esfera que constituye la modificación ó restricción del derecho dominical?

He aquí varias, entre otras cuestiones, á que puede dar lugar un artículo tan sencillo al parecer como el art. 471, y tan claro, vulgarmente considerado; porque á cualquiera le asalta, desde luego, la idea, y no faltan comentaristas que lo han hecho observar, que, aunque sea verdad que el usufructuario tenga derecho á percibir todos los frutos, no nos dice el Código si es que el propietario se los ha de entregar, ni si el usufructuario puede regir ó gobernar la cosa y obtener, por tanto, los frutos por su libre iniciativa, y, en una palabra, si es que le asiste el derecho al uso de la cosa, y cuál es, por lo mismo, su posición jurídica en todo lo referente á su posesión y á su administración.

No se me oculta que en lo relativo á todas estas funciones, que podríamos calificar de positivas, en el ejercicio del derecho de usufructo, se dirá que ya el Código, por su art. 480, establece que el usufructuario podrá aprovechar por sí mismo la cosa usufructuada, y aun arrendarla á otro, para venir á sacar en consecuencia que de esta manera se excluye la acción del dueño sobre la cosa, ya que, en lo relativo á las funciones negativas, precisamente el mismo art. 471 declara explícitamente, en su último inciso, que los tesoros no pueden pertenecerle aunque sea sin perjuicio del derecho que pueda corresponderle como descubridor, en su caso, que es probablemente lo que quiso darse á entender al declarar que el usufructuario, respecto al tesoro, sería considerado como extraño.

De todos modos, lo dispuesto en el art. 480 envolviendo en el concepto del aprovechamiento de la cosa las facultades del usufructuario, tiene el notorio inconveniente de no hacerlas descansar en un concepto verdaderamente técnico, ni en precisarlas tampoco por un precepto legal, ni en señalar, como antes indicaba, la distinción jurídica que exista ó la concordia jurídica en que resulten dicho

artículo 480 al hablar de la facultad de aprovechar y el 467 al hacerlo del derecho de disfrutar.

Esta pluralidad de conceptos, al parecer, sobre una misma materia, revela claramente que los redactores del Código no acertaban á señalar con precisión la línea divisoria entre las facultades del dueño y las del usufructuario, como expresión de su respectiva propiedad sobre la cosa, y que, por lo mismo, ante el temor de que por falta de dicha precisión sobreviniesen conflictos entre uno y otro, acudían á términos y conceptos diferentes, aunque fuera con el grave riesgo de este sistema, para aumentar la complicación.

No es extraño que esto haya sucedido en la redacción del Código cuando, según antes hacía presente, no sólo ha dejado de calificarse de derecho real al usufructo, y dejado, por tanto, de precisar la naturaleza jurídica de esta institución, sino que además se ha llegado al extremo de entregarla á la ventura, de tal modo, que, como dice un conocido comentarista, usufructo es lo que las partes quieran.

Nada de esto puede ocurrir con el Proyecto que acompaño. El círculo de acción en que ha de desenvolverse el usufructo, que ha de constituir, por tanto, la materia jurídica sobre que han de recaer los derechos del usufructuario, queda perfectamente definido, tanto con motivo de informar precisamente una sección al tratar de la propiedad en general, la que regula el derecho de disfrute, como por conferir el valor de derecho real que al usufructo corresponde en el párrafo 1.° del art. 1.313, y precisar, por su párrafo 2.°, en qué consiste la utilidad jurídica de semejante derecho trazando, al efecto, la línea divisoria entre las facultades del dueño y las del usufructuario dentro del régimen referido acerca del derecho de disfrute, como igualmente porque, en armonía con esta relación que guarda la doctrina general del usufructo

con el régimen, también en general, de la propiedad, previene el art. 1.324 del Proyecto, correspondiente, por decirlo así, al 471 del Código de que me estoy ocupando, que el derecho del usufructuario para percibir los frutos tiene lugar, en conformidad á lo dispuesto en el párrafo 2.° del art. 1.313, que es, como decía, el que traza la línea de separación, en cuanto al derecho de disfrute, entre lo que pertenece al dueño y lo que al usufructuario corresponde.

Por esto no se hace preciso en mi Proyecto la salvedad que contiene el art. 471 del Código relativamente á los tesoros.

Materia éstos de propiedad para el dueño, sobre la base de la ocupación que consigue mediante el disfrute de la cosa en que tiene su dominio, quedan ya excluídos de la esfera de propiedad correspondiente al usufructo por la declaración explícita de dicho párrafo 2.° del art. 1.313, de que éste no comprende las adquisiciones que, en razón de la cosa, pueden tener lugar por virtud de la ocupación, materia comprendida en la sección 2.ª, cap. 1.°, título 2.° del lib. 4.° del Proyecto. Y como dichas adquisiciones, según su propio nombre indica y según resulta á su vez por la forma ó relación jurídica (ocupación) por cuyo medio se obtienen, constituyen cosa distinta de los bienes del usufructo, aparece claramente que ni dichas adquisiciones ni sus frutos pueden pertenecer al usufructuario.

Si de esta suerte queda descartada, por tanto, la materia referente á los tesoros, de que se ocupa el art. 471 del Código, mayor importancia, si cabe, tiene en todo lo demás la reforma que propongo en el art. 1.324 del Proyecto.

Por ella se define claramente la aplicación que tienen en el derecho real de usufructo los artículos del 1.221 al 1.226, en los cuales se regula el derecho de disfrute de las co-

sas apropiadas; artículos por los que, salvo la exclusión consiguiente de las adquisiciones, á que hace referencia el 1.221, se precisa, no sólo lo relativo al uso de las cosas y á la apropiación de los productos y á la facultad, en su caso, de establecer las servidumbres absolutamente necesarias ó legales para realizar el disfrute de las cosas, sino que, calificando asimismo las funciones que el uso lleva consigo, se determina al efecto lo referente á la posesión, á la administración y al consumo.

Artículo 472. — Nada tendría que exponer acerca de la doctrina que se consigna en este artículo, si no fuera el carácter general é indeterminado que revisten los términos del último de sus párrafos.

En los tres primeros no hay variación entre el citado artículo del Código y el 1.325 del Proyecto.

Su diferencia aparece únicamente en el párrafo 4.°; y no ciertamente porque no considere atendible y justa la doctrina en que se inspira, sino porque entiendo que, como todo lo que ha de tener valor práctico en el derecho, es indispensable precisar la utilidad jurídica en que dicha doctrina del precepto ha de hacerse efectiva.

¿Cúál es la base útil del citado párrafo 4.°, art. 472 del Código? En una palabra, ¿qué derechos de tercero, adquiridos al comenzar ó al terminar el usufructo, deben quedar á salvo no obstante lo dispuesto en los otros párrafos que dicho artículo contiene?

No dudo que cuando, por los demás párrafos, se observa que la materia á que se refiere el artículo se concreta únicamente al régimen de los frutos pendientes, naturales ó industriales, debió ser también el propósito del legislador que únicamente á éstos hiciese referencia el párrafo 4.° del artículo y, por lo tanto, que sólo quedarán á salvo de lo dispuesto en el artículo los derechos de tercero sobre los frutos pendientes al comienzo ó á la conclusión del usufructo.

En este concepto he procurado, ante todo, aclarar el sentido indeterminado de dicho último párrafo.

Pero entendía también que si era necesario concretar de esta suerte la utilidad de los derechos de tercero á que se refiere el artículo, no lo era menos señalar la forma de hacerlos efectivos.

¿Qué alcance ha de tener la pertenencia de los frutos pendientes ó los derechos de tercero establecidos sobre ellos? ¿Ha de serlo según el estado que tengan al comenzar ó al terminar el usufructo? Ó ¿ha de tener lugar, por el contrario, prorrogando, por decirlo así, la situación jurídica que ha terminado, todo el tiempo necesario para que los frutos llegasen á sazón y pueda realizarse útilmente la recolección de los mismos?

Desde luego se nota, por el solo enunciado de estas preguntas, que el asunto no se presenta tan sencillo, ni mucho menos aparece solucionado en el Código.

Este se limita á señalar la pertenencia; pero como se trata del fruto pendiente al comenzar ó al terminar el usufructo, mas no del fruto pendiente mientras no pueda realizarse su recolección, cualquiera de dichas dos circunstancias determina un momento cuya eficacia, en lo que respecta á dicha pertenencia, parece dar á entender que lo que ha de corresponder al usufructuario, ó al dueño en su caso, es precisamente lo que está pendiente al comenzar ó terminar el usufructo, y de consiguiente en el estado en que se encuentra en cualquiera de estos momentos.

Otra cosa equivaldría á prorrogar, como antes decía, una situación jurídica legalmente terminada; situación que, en algunos casos, por producirse el cambio jurídico al tiempo de la germinación ó aparición de los frutos, podría dar lugar á aplazar el usufructo por espacio de un año ó quizás más, ó á impedir por igual tiempo que el dueño pudiera utilizar su derecho.

Comprendería que la legislación llegara á este extre-

mo, aun cuando fuese apartándose abiertamente de los principios en que descansa la institución del usufructo, que sólo modifica el dominio mientras no llega el momento en que deba terminar, cuando no hubiera medio de salvar todos los intereses; pero no tratándose, como no se trata, de un principio jurídico, sino tan sólo de un elemento útil que en todo caso, por su estimación relativa á cualquier momento en que haya de hacerse efectiva la utilidad en que consista, cabe determinar la virtualidad del derecho á la misma referente, he considerado que no era indispensable ni había para qué producir la confusión de derechos entre el dueño, el usufructuario y un tercero. por un período más ó menos prolongado, sólo por el detalle de que estuvieran simplemente nacidos ó no estuvieran en sazón los frutos pendientes en el momento de comenzar ó terminar el usufructo, disponiendo, al efecto, que el concepto de frutos pendientes no se extienda más allá del momento en que se realice dicho comienzo ó dicho término, y que por su estimación se determine la utilidad del derecho que al tercero corresponda cuando no estuviesen todavía en sazón para ser recolectados los frutos pendientes al realizarse cualquiera de las dos expresadas circunstancias.

En este punto ninguna alteración se produce en los derechos de un tercero cuando derivan del dueño antes de constituir el usufructo.

Limitando como se limitan en tal caso las facultades del dueño si los derechos de tercero son de naturaleza real, y si para su debida eficacia ha procurado su inscripción en el Registro de la propiedad, siempre resultarían tales derechos como una condición á que estaría sujeta aún la constitución del usufructo; pues en los derechos de carácter meramente personal ninguna relación resulta entre los mismos y la cosa, ni implican, por lo mismo, necesidad alguna de alterar por ellos la libertad

que al dueño, como tal, corresponde para el régimen y disposición de sus bienes.

Artículo 473.—Relativamente á este artículo sólo he de hacer presente la necesidad de eliminarlo.

Constituye á mi juicio una redundancia en el Código; redundancia que indudablemente hubieran observado sus autores si se hubiesen fijado en los términos de los artículos 355, 474 y 480 del mismo Código civil.

La naturaleza de la renta á que por arrendamiento de fincas ó heredades hace referencia dicho art. 473, está fijada de una manera expresa por el párrafo 3.° del mencionado art. 355, que califica de frutos civiles el precio del arrendamiento de tierras.

La percepción de los frutos civiles y la pertenencia que con relación á los mismos corresponde al usufructuario, que es al parecer el objeto del artículo de que me ocupo, para el caso en que el usufructo concluya antes de terminar el arriendo, está resuelto, no sólo para este caso, sino de un modo general, por el art. 474. Y por lo que pudiera hacer referencia á la subsistencia del arriendo, que al fin tampoco la establece de un modo claro dicho art. 473, ya se encarga el 480 de establecerla explícitamente cuando se trata del arrendamiento de fincas rústicas, que son, por cierto, las mismas á que hace referencia el art. 473.

¿Qué utilidad ó materia queda para ser objeto de un precepto especial como el del que me estoy ocupando? Absolutamente nada.

En este punto, entiendo que el proyecto de Código de 1851 procedió con mejor acuerdo, dejando de comprender disposición alguna análoga al referido artículo de que me ocupo, una vez que ya por el art. 398 de aquel proyecto se rectificaba, de igual suerte que resulta hecho en el Código civil (dicho art. 355), el concepto que merecían por Derecho romano (ley 58, tít. I, lib. VII del Digesto) el precio de los arrendamientos de tierras, califi-

cándolos, por tanto, á igual que el Código civil, de verdaderos frutos civiles, cuyo régimen, por lo que al usufructo se refiere, está, según decía, señalado en el siguiente artículo 474 de dicho cuerpo legal.

Artículo 475.—La doctrina de este artículo equivale, por la manera como el Código presenta los diversos extremos que comprende, á fijar, por decirlo así, la consideración de fruto que tienen las prestaciones periódicas que deben percibirse en virtud de un título cualquiera.

Aunque en este punto el Código revele el intento de separar, entre las condiciones que integran la utilidad de algún derecho, aquellas que llevan consigo una prestación periódica, manteniendo no obstante en cierto modo la eficacia del derecho que la motiva, y aquellas otras por cuya prestación se reduce ó se destruye el derecho mismo, es lo cierto que ni aun en este intento ha acertado, á mi juicio, á precisar bien en qué radica la verdadera utilidad del derecho de que se trata para poder señalar lo que como resultado de su existencia es propiamente una derivación ó producto susceptible de ser considerado como fruto.

Y digo esto, porque no puede considerarse, aun tratando de conseguir dicho fin, que haya verdadera analogía entre los vencimientos de las rentas ó pensiones y los intereses de obligaciones ó efectos al portador, ó los beneficios de alguna participación en empresas industriales ó mercantiles, ya que, después de todo, en estos últimos elementos jurídicos es bien notoria la diferencia entre la utilidad característica del derecho representada por el capital de la obligación, título al portador ó participación industrial ó mercantil, y aquella que, como sucede en los intereses ó beneficios, es producto ó resultado de su duración ó continuada subsistencia.

La acción del tiempo en la utilidad jurídica, que en estos últimos casos presenta tan marcada distinción para

la debida eficacia de los derechos que correspondan al usufructuario ó al dueño cuando se trata de la institución de que me ocupo, no resulta ni puede resultar de igual modo determinada cuando el derecho que se quiera subordinar á las condiciones de un usufructo consista precisamente en la facultad de percibir una renta ó pensión, aun cuando esta revista, como es natural, una forma periódica.

De todos modos, se ve que el art. 475 del Código implica, por decirlo así, el desarrollo de una materia cuya doctrina general corresponde á otro artículo distinto.

Refiérome al art. 355, en el que, regulando la institución de la accesión, se establece la noción jurídica de los frutos para señalar, según su distinta naturaleza, cuáles deben reputarse naturales, cuáles industriales, é igualmente los calificados de civiles.

Ya hice presente antes de ahora que más que de la institución de la accesión, era asunto del derecho de propiedad y peculiar al destinado á precisar la utilidad jurídica en que consiste el derecho de disfrute, la determinación, siquiera en principios generales, de todo cuanto á los frutos corresponde; y ya hice presente también, que en este sentido venía en el Proyecto regulada esta materia en los artículos que desenvuelven la doctrina general del mencionado derecho (artículos del 1.223 al 1.226).

Pero aparte de estas indicaciones, que miran principalmente al orden de exposición, aunque tienen su señalada importancia para que no aparezca, como resulta en el Código, ó la necesidad de tratar una misma materia en multitud de instituciones, ó la de aplicar á instituciones distintas las disposiciones reguladoras de la designada con el nombre de accesión, nada habría indicado sobre este particular, si al fin el Código, al calificar los frutos civiles en dicho art. 355, se hubiera limitado á establecer un principio general de un modo análogo al que aparece

en el art. 1.224 del Proyecto, en lugar de adoptar, como adoptó para dicha calificación, la relación casuística siempre insuficiente de las distintas cosas que á su juicio debían estimarse como tales frutos civiles.

El Código, que, por lo visto, no acertaba á presentar bajo un concepto jurídico lo que por frutos civiles deba entenderse, creyó más acertado acudir á la simple relación, clasificándolos, por decirlo así, en tres formas, á saber: el alquiler de los edificios, el precio del arrendamiento de tierras y el importe de rentas.

No me detendría ciertamente acerca de esta clasificación, cuya insuficiencia es tan notoria, si al fin el artículo 475 no se ocupara de las rentas ó pensiones periódicas, para declarar cada vencimiento como frutos ó productos del derecho á percibirlas.

En este punto no puedo menos de hacer una observación parecida á la que hace poco indicaba respecto á la innecesidad del art. 473.

Si el 355, párrafo 3.°, ya declara frutos civiles las rentas perpetuas, vitalicias ú otras análogas, ¿qué necesidad había de declarar frutos ó productos á sus vencimientos en el art. 475? ¿Dudaban, quizás, los redactores del Código de la posible aplicación de dicho art. 355 á la institución del usufructo? ¿Ó se propusieron, tal vez, rectificar el concepto de frutos civiles atribuído en general á las rentas y pensiones?

He aquí lo que parece deducirse de los indicados términos del art. 475.

Según el 355, son frutos civiles las rentas; según el 475, son sólo frutos civiles los vencimientos de las rentas.

La distinción práctica que pueda haber en estos términos, es difícil de alcanzar; y aunque esto pone desde luego de manifiesto lo que tantas veces he tenido necesidad de hacer presente, por el prurito del Código de variar el tecnicismo en cuantas ocasiones se ocupa de un mismo

asunto, me importa, sin embargo, señalarlo en este lugar, porque si en realidad no existe distinción para el Código entre las rentas y sus vencimientos, se ha confundido, no obstante, lo uno y lo otro, si es que no se ha incurrido en una evidente contradicción, al aplicar en el art. 475 en la referida forma del vencimiento la doctrina que el 355 formulaba en la referida forma de la renta.

El art. 355, penetrando más hondamente los principios que deben regir en materia de frutos, lejos de extender esta consideración á toda clase de rentas ó pensiones, la circunscribe tan sólo á las perpetuas ó vitalicias, añadiendo además "ú otras análogas."

No creo que al formular de esta suerte la extensión del concepto de frutos en lo que á las rentas se refiere, deba entenderse que las comprenda todas, ya sean temporales, ya perpetuas.

De haber sido así, ó hubiera prescindido el legislador de toda calificación en las rentas, ó habría usado explícitamente el calificativo de temporales, así como usa también el calificativo de perpetuas.

Sería menester acudir á un razonamiento completamente infundado en buena lógica, suponer que toda renta temporal viene comprendida en un precepto referente á las rentas vitalicias ú otras análogas.

Si bien realmente las vitalicias ú otras análogas, aun no mencionándolas, deberían estimarse comprendidas en cualquier precepto que hablara de rentas temporales, porque en el género va comprendida la especie, no cabe, como decía, estimar en buena lógica que por la designación de la especie haya de reputarse un precepto extensivo al género á que aquella especie corresponde.

Esta sencilla consideración, que aparta del concepto legal de frutos á las rentas temporales siempre que no sean vitalicias ó de forma análoga á estas últimas, tiene verdadero interés práctico para la vida jurídica, especial-

mente en lo relativo á los efectos de la institución del usufructo, debiendo por lo mismo ocuparse de ello al hacerlo del art. 475 del Código, porque en éste, sin distinción alguna entre las rentas ó pensiones temporales ó perpetuas, se estima como fruto á todo vencimiento de las mismas.

No es mi ánimo defender el calificativo de frutos atribuído á las rentas vitalicias ú otras análogas en el artículo 355 del Código; pero sí conviene señalar la especie de contradicción que resulta entre este artículo y el 475, ya que, según este último, es fruto ó producto toda renta que sea temporal ó perpetua, y según el 355 no lo es toda renta ó pensión temporal que no sea vitalicia ó análoga á la misma.

Señalo esta contradicción, que quizás se trate de salvar bajo el supuesto de un simple defecto de redacción, por no haberse dado en el art. 355 toda la latitud que al concepto de fruto por renta se atribuye en el art. 475, porque me parecía descubrir en la restricción que resulta del artículo 355 que los redactores del Código debieron comprender que no cabe atribuir la misma naturaleza jurídica á las rentas temporales que á las rentas perpetuas.

El derecho á percibir las unas ó las otras es esencialmente distinto. Su materia útil ha de ser necesariamente diversa. La perpetuidad se resiste á todo lo que no sea hacer recaer su utilidad en algo de carácter permanente, como un predio ó finca, ó una personalidad cuya existencia revista el carácter de permanencia que tiene en el Estado, en la Provincia y en el pueblo.

Las acciones para pretender las rentas temporales ó perpetuas pueden ser igualmente de naturaleza diferente, no oponiéndose, como no se oponen, al carácter personal aquéllas por las cuales puede pretenderse una renta temporal. Hay, en una palabra, en los vencimientos de las rentas perpetuas una manifestación de su existencia, y en cambio hay, en realidad, la reducción ó extinción de la

utilidad del derecho, que la renta determina, en cada vencimiento de una renta temporal.

De esta diversidad de factores en la determinación de la naturaleza del derecho respectivo de cada una de dicha clase de rentas se deduce, á mi juicio, la imposibilidad jurídica de considerarlas de igual manera.

Mientras en unas va desapareciendo poco á poco, mediante sus vencimientos, la utilidad del derecho en cuya virtud se perciben, en las otras, por el contrario, va perpetuándose, mediante sus vencimientos, aquella misma utilidad que independientemente de los mismos subsiste de una manera inquebrantable.

El vencimiento en estas últimas es la expresión de la eficacia del derecho y, por el contrario, en las primeras cada vencimiento constituye la expresión de un modo de extinguirlo.

¿Cuál ha de ser, por consiguiente, su aplicación en lo relativo al usufructo? Si es esta una institución en la que el disfrute de la cosa usufructuada ha de realizarse sin menoscabo de la substancia y forma de la misma, cuando la cosa consiste precisamente en un derecho, no puede menos de considerarse materia separada de semejante disfrute, todo derecho por cuyo uso ó ejercicio ha de ir desapareciendo, hasta llegar á su extinción, la utilidad del derecho mismo.

De otro modo, la institución del usufructo padecería en lo que en él es condición esencial (la conservación de la cosa ó del derecho, según su substancia y forma.) En lugar de descansar en el derecho de disfrute, descansaría en el derecho de transmisión; como que, en la realidad, sería equivalente á la transferencia de la cosa ó derecho de que se tratara, aun cuando fuera, respecto á sus partes componentes, con la eventualidad derivada de la mayor ó menor duración del usufructo; y claro es que, ante esta consecuencia perturbadora de los principios en que descansa

la presente institución, no podía prescindir de estimar necesaria la reforma del art. 475 del Código, para que ni se tomen como frutos las pensiones ó rentas de carácter temporal, ni se equiparen por lo mismo en sus efectos las rentas perpetuas y las temporales, ni se tomen tampoco como sinónimos los vencimientos de las rentas ó pensiones con los intereses ó beneficios de los capitales representados por obligaciones ó títulos al portador ó por participaciones de empresas industriales ó mercantiles; para todo lo cual, sobre la base de la doctrina general que al efecto consignan ya los artículos 1.316 y 1.317 del Proyecto, he formulado en el mismo los artículos 1.327 y 1.328: el primero de estos últimos relativo á las rentas ó pensiones periódicas, y el segundo destinado á fijar igualmente los derechos del usufructuario respecto á los intereses ó beneficios anteriormente referidos.

Artículos 476, 477 y 478.—La doctrina de estos tres artículos condensa, en el Código civil, lo que podría llamarse el régimen del usufructo sobre la propiedad minera.

Aunque en rigor la doctrina de dichos artículos se concreta principalmente á determinar la eficacia del usufructo en los predios en que existen minas, para señalar cuándo y en qué condiciones puede utilizárselas, y cuál ha de ser la suerte de las substancias minerales obtenidas por su explotación, es lo cierto que no aparece, por dichas disposiciones legales, debidamente separada la doctrina relativa á la utilización ó explotación de las minas y la referente á la naturaleza jurídica y destino que á las substancias minerales corresponde.

Intimamente enlazada la institución del usufructo con la doctrina establecida respecto á los frutos ó los productos de las cosas, habían de surgir necesariamente dificultades de aplicación de los preceptos que regulan dicha doctrina al tratar del usufructo con relación á las minas.

En este punto, á semejanza de lo que anteriormente he

consignado respecto al derecho de percibír rentas ó pensiones periódicas, lo esencial consiste en calificar la naturaleza de la utilidad de la cosa ó derecho sobre que ha de recaer el usufructo.

No debiendo perder de vista, al tratar de esta institución, la necesidad de no menoscabar ni en su substancia ni en su forma, pero principalmente en lo primero, la cosa usufructuada, desde luego se observa que para formular su régimen es preciso considerar, ante todo, si ésta produce fruto ó si su utilidad consiste únicamente en el uso de la misma.

No se me oculta que en este sentido podría suscitarse una verdadera dificultad para la constitución del usufructo, siendo, como sería, poco menos que imposible que el usufructuario aprovechase algo que, independientemente de la substancia de la cosa, pudiera ser por su parte objeto de apropiación sobre la base de su respectivo derecho.

Pero como esto al fin no constituye un obstáculo absoluto, porque de otra suerte habría que renunciar al usufructo de la mayor parte de las cosas muebles, y sería preciso, además, excluir resueltamente de esta institución las de carácter fungible, es evidente que cuando se trata de las minas las soluciones jurídicas han de ser por todo extremo distintas, según que aquéllas sean reputadas criaderos ó meros yacimientos ó depósitos, en una palabra, gérmenes ó masas en su concepto legal de cosas.

Este concepto, que tan vital interés tiene para regular en el derecho civil todo lo relativo á la propiedad minera, está en el Código enteramente desprovisto de precepto regulador.

El Código no nos dice qué entiende por mina. Acepta, por lo visto, el criterio de lo que él llama ley especial de minería sin duda con la esperanza de que se publicara una ley particular, porque no hay ninguna en

nuestro derecho con esta denominación, por más que existan, ó por mejor decir, constituyan actualmente la legislación, acerca de esta materia, leyes denominadas de minas de 6 de Julio de 1859 y 4 de Marzo de 1868, así como la denominada de bases para la legislación de minas y la ofrecida sobre policía de minas de 29 de Diciembre de 1868.

Aunque principalmente predomina en las disposiciones de estas leyes el criterio de que la mina, lejos de ser criadero, es más bien masa ó depósito, es lo cierto que lo que en este sentido determina el interés jurídico que ha de servir, por tanto, de expresión á la utilidad de los derechos constituídos sobre minas, se condensa, más que en la mina misma objetivamente considerada, en la substancia mineral cuya agregación de partes constituye la masa mineral determinante de la mina.

Y digo esto, porque de tal modo se observa en este punto la perplejidad que reina en la legislación, que así como el Código habla en unas partes de minas, según sucede, por ejemplo, en el art. 334 al calificar los bienes inmuebles, y aun en la misma institución del usufructo en los tres artículos de que me estoy ocupando, refiérese, según dice, á los minerales en los arts. 426 y 427, que forman precisamente el contenido del cap. II del tít. IV del libro II, destinado á tratar de las propiedades especiales, dando á entender de esta suerte que el objeto de la propiedad especial, según el Código, en lo relativo á esta materia, no es la mina, sino el mineral.

Aunque á primera vista pudiera parecer de poca trascendencia práctica semejante manera de estimar el Código lo que á este asunto se refiere, la tiene, sin embargo, por tres consideraciones importantes: 1.ª, por la necesidad de evitar la pluralidad de tecnicismo, que, como en otras muchas materias, resulta entre el art. 478 y el citado artículo 427; 2.ª, porque en el mencionado art. 334, núm. 8.º, declarando que la mina es bien inmueble mientras la ma-

teria permanece unida al yacimiento, viene á reconocer que las minas son muebles cuando su materia no permanece unida al yacimiento; y 3.ª, porque, sin duda á consecuencia de la confusión que reina en este punto, por no distinguir la mina y la substancia mineral, designa como productos de las minas, y no como simples extracciones de las mismas, las substancias minerales á que hacen referencia los artículos de que me estoy ocupando, que atribuyen, por lo mismo, al usufructuario, á causa de esta última calificación, las substancias minerales extraídas.

Del mismo modo que si la mina fuese un gérmen ó verdadero criadero, cual si en ella la substancia mineral no formara parte de la masa determinante de la mina, sino que fuese producción espontánea de la misma ó del suelo en que yaciera; en una palabra, cual si se tratara de frutos naturales, declara explícitamente el art. 476 que los productos de las denunciadas, concedidas ó que se hallen en laboreo al principiar el usufructo, pertenecen al que llama usufructuario universal ó con título universal, ó que pueden ser otorgadas en concepto de usufructo por su título constitutivo.

Si esto no equivale á destruir la substancia de la cosa por el usufructo; si no contribuye á convertir á esta institución, relativa al mero derecho de disfrute, en una verdadera enajenación ó materia comprendida en el derecho de transmisión, cosa es que por nadie puede ponerse en duda.

Sólo el eclecticismo que campea en el concepto de la institución del usufructo, que he tenido ya que hacer notar al ocuparme del art. 467; sólo el afán de dar lugar á que pueda decirse que es usufructo cualquiera disposición, ó relación ó situación que se califique con este nombre, puede conducir á que fácilmente se estime como usufructo lo que constituye precisamente la negación del mismo, ó lo que á la larga puede producir la desaparición

completa y absoluta del objeto útil del derecho del verdadero dueño.

Quizás por esto se asustaron los redactores del Código de las consecuencias de semejante principio, al ocuparse en el art. 477 del usufructo legal en materias de minas, y, por lo mismo, no se les ocurrió otra idea para salvar tan grave inconveniente, que imponer, por ministerio de la ley, una especie de sociedad legal ó forzosa entre el que llama propietario y el usufructuario, bajo la gerencia exclusiva, al parecer, de este último, para repartir en definitiva la mitad de las utilidades líquidas que resulten de semejante explotación.

Véase qué principios tan diametralmente distintos ha necesitado adoptar el Código civil al formular el sistema relativo al usufructo de las minas.

Si se trata de simple usufructo, no hay nada para el usufructuario como no sea que expresamente, en el título constitutivo, se le otorguen los productos de las denunciadas, concedidas ó que se hallen en laboreo al principiar el usufructo.

Si se trata de usufructo universal ó con título universal, todo para el usufructuario.

Si se trata de usufructo legal, mitad para el usufructuario y mitad para el propietario.

Estas variantes, por sí solas, revelan claramente la falta de criterio legal en materia de usufructo.

Puede decirse que hay para todos los gustos: desde aquel que obliga al propietario á contemplar la reducción, si no la desaparición de la mina, á aquel en que le otorga la mitad de las utilidades de su explotación.

Pero independientemente de las muchas consideraciones que podría exponer acerca de esta gradación que se establece en las relaciones entre el propietario y el usufructuario, y de la significación que no puede menos de tener el solo hecho de que el usufructo que surge por el

ministerio de la ley lleve consigo una sociedad entre el usufructuario y el propietario, es decir, una especie de sociedad en el dominio, y de tan extraña naturaleza, que precisamente entrega al usufructuario el régimen de la explotación, deprimiendo al propietario hasta el extremo de tener que pasar por sus resultas según el sistema y gastos que al usufructuario le convenga, se ve fácilmente, á poco que se medite, que toda esta diversidad de criterio y soluciones relativas á esa especie de sociedad, son resultado únicamente de no haberse fijado el Código en la distinción que necesariamente existe entre la mina y el mineral, susceptible de ser por su yacimiento cosa inmueble la primera, y susceptible asimismo de ser la segunda el objeto de la explotación de aquélla.

En el fondo, según revela el mismo Código en el número 8.° del art. 334, la mina y la substancia mineral vienen á ser una cosa misma. Prescindiendo de la impropiedad de la redacción del mencionado precepto en lo que á las minas se refiere, se observa desde luego que si la materia de la mina, que es propiamente la substancia mineral, es calificada de mina mientras permanece unida al yacimiento, no deja de ser por su separación substancia mineral ó materia de la mina.

Las referidas circunstancias de su unión al yacimiento ó de su separación podrán influir para que la substancia mineral sea inmueble ó sea mueble; pero, en el fondo, es la misma la utilidad que ha de servir de base á las relaciones jurídicas que sobre los minerales se establezcan.

Como la extracción de los minerales no deja íntegra la utilidad de la mina, sino que sirve para su reducción, puede decirse que la explotación de la mina equivale tan sólo á la transformación de la utilidad minera, que de masa yacente, y por consiguiente cosa inmueble, pasa á ser fracción móvil, y por consiguiente cosa mueble.

Esta transformación de la utilidad jurídica no es, ciertamente, la materia peculiar del usufructo, sino, por el contrario, una función correspondiente al derecho que al dueño pertenece.

Compréndese, sin embargo, que como al fin la utilidad de la mina depende de su explotación y constituye, por consiguiente, la referida transformación de la substancia mineral una necesidad para obtener de ella la utilidad que le es propia, se llegue en esta clase de cosas á conceder al usufructuario, sobre todo cuando sea condición especial de su título constitutivo ó se trate del usufructo legal ó del que califica el Código con el nombre de usufructo universal, el derecho de explotar la mina ó de poner á la substancia mineral en condiciones de ser utilizada, lo mismo por el dueño que por el usufructuario, en las respectivas condiciones que dejen salva su substancia en la duración del usufructo.

Lo que no se comprende es que al derecho de explotar ó de transformar la substancia mineral se sacrifique el derecho á la substancia misma, no importando que pueda desaparecer toda la utilidad correspondiente al dominio, con tal de poder otorgar al usufructuario la explotación de la mina.

Esta sola situación pone de relieve que, por los criterios adoptados en el Código, resultan verdaderamente antitéticos el usufructo y el dominio, y que aunque el Código proteste en favor de su concierto ó armonía, por el medio ya indicado de la sociedad forzosa entre el propietario y el usufructuario, ni esta armonía se consigue sin verdadero sacrificio de los derechos del propietario, en el caso del usufructo legal (art. 477), ni aquella antítesis se resuelve en los demás casos á que se refiere el artículo anterior.

Por esto he considerado que, mientras la mina deba reputarse yacimiento ó depósito de substancia mineral y su

explotación deba reducirse á transformar la utilidad de dicha substancia para el derecho, siquiera sea buscando por esta transformación el medio de obtener en el comercio la verdadera utilidad de la substancia misma, no cabe, sin desnaturalizar la institución del usufructo, reconocer como propiedad absoluta del usufructuario la substancia mineral extraída de la mina, aunque pueda otorgársele, como medio necesario para su aprovechamiento, la facultad de realizar su explotación.

Limitada de esta suerte la trascendencia del usufructo en los predios donde existan minas denunciadas, concedidas ó en laboreo, para poder determinar si también á ellas se extiende el usufructo establecido sobre el predio, no puede haber colisión alguna entre los derechos del usufructo y los del verdadero dueño, pudiendo adoptarse en dichos límites el criterio consignado en el art. 476 del Código.

Así establece el Proyecto art. 1.329 la doctrina del artículo 476 del Código, con sólo dos variantes, á saber: primera, que los derechos del usufructuario á las minas denunciadas, concedidas ó que se hallen en laboreo, no consistan en hacer suyos los productos de la explotación, sino en el derecho á explotarlas, que es á lo que principalmente se refiere el siguiente art. 477 respecto al usufructo legal; y segunda, en colocar bajo un mismo pie el usufructo, ya sea éste universal ó legal, ó ya comprenda en su título constitutivo la referida facultad de explotación, que ha de ser, en el fondo, como antes indicaba, la determinante de si el usufructo de un predio se extiende ó no á las minas comprendidas en el mismo.

Pero como esto sólo resuelve el punto referente á la determinación de las cosas que puede utilizar el usufructuario, era menester fijar además, por otro artículo distinto, en qué han de consistir las utilidades que, separadamente del dominio, deban corresponder al usufructua-

rio por las minas comprendidas entre las cosas que pueda utilizar por virtud del usufructo.

He aquí la doctrina á que se refiere el art. 1.330 del Proyecto. El 1.329 precisa en qué casos y bajo qué condiciones el usufructo se extiende á las minas. Los casos son los que enuncia el artículo; las condiciones consisten en el derecho de explotarlas.

Pero como esta explotación, según queda manifestado, es tan sólo la transformación de la substancia mineral común al propietario y al usufructuario, para ponerla en condiciones de ser útil á uno y á otro en la distinta esfera de su respectivo derecho, el art. 1.330 viene á completar este régimen, señalando de qué modo debe realizarse la utilidad respectiva del dominio y del usufructo, para que quede siempre á salvo la substancia de la cosa.

No era difícil, en verdad, la solución de este importante particular.

Siendo la substancia mineral, una vez extraída del yacimiento, cosa esencialmente genérica, conveníale necesariamente la solución fructuaria que á las cosas fungibles corresponde; y esta es precisamente la doctrina que, como antes indicaba, consigna el art. 1.330, el cual, con el que le precede, tiene, frente á los artículos 476 y 477 del Código, la señalada ventaja de no confundir la facultad de explotar las minas con la apropiación y disfrute de las substancias minerales; la de resolver, por un mismo principio, cuanto al usufructo de las mismas se refiere, y la de salvar ante todo, aun tratándose del usufructo de minas, la integridad de la substancia en que radica la utilidad del dueño.

Comprendiendo el Código que en la situación creada por sus artículos 476 y 477 entre el usufructuario y el dueño, podía el usufructo convertirse en modo de privar al usufructuario del derecho de denuncia que las leyes de minería conceden á todo descubridor, procuró salvar este

derecho, que interesa á la riqueza pública considerada en general, manteniéndolo expresamente al usufructuario, no obstante esta calidad.

Esta disposición del art. 478, sobre cuya utilidad y forma nada he de exponer en este momento, exige, sin embargo, alguna observación de mi parte, observación que motiva la doctrina contenida en el párrafo 2.º del artículo 1.331 del Proyecto, porque entiendo que la solicitud del Código en favor del usufructuario no debe ser menos eficaz en lo que al derecho del dueño corresponde.

Si es verdad que las leyes de minería conceden al descubridor derecho á la denuncia para obtener la concesión, no es menos cierto que la oposición que la denuncia puede originar entre los derechos del dueño de un predio y los del descubridor de la mina no es siempre de carácter enteramente absoluto ni tiene, por tanto, en todo caso el valor general que parece atribuir al derecho del descubridor el mencionado art. 478 del Código.

Dada la triple clasificación de las materias minerales para los efectos de la determinación de su respectiva propiedad, ninguna contraposición puede resultar entre los derechos del dueño y los del descubridor de la mina cuando se trata de las substancias comprendidas en la primera clase, para las cuales reserva la ley su utilidad exclusivamente al dueño del predio en que puedan encontrarse, ni en las comprendidas en la tercera clase, calificadas, para los efectos de su concesión, de exclusiva pertenencia del Estado.

Este deslinde de atribuciones que lleva consigo la pertenencia legal de cada una, de dichas dos clases de substancias, no resulta siempre cuando se trata de las demás.

Forman éstas el segundo término de la clasificación legal de las substancias minerales, y es sabido que, en lo referente á su pertenencia, otorga la ley verdadera

prelación al dueño del predio en que las mismas se hallen.

Esta prelación, sin embargo, no constituye un derecho definitivo. Su mismo nombre lo indica; y como para llevar á efecto la explotación de las minas viene, por decirlo así, el usufructuario á desempeñar las funciones del dueño, podría fácilmente convertirse la salvedad que en favor de aquél establece el art. 478 del Código en despojo de las atribuciones del dominio, si no se salvaran á su vez las facultades del dueño para llevar á cabo la explotación de dichas substancias siempre que el usufructuario no lo hiciese como tal usufructuario, sino que, manteniéndose inactivo en este concepto, buscara los medios de realizarlo como verdadero concesionario.

Esta última condición llevaría consigo en favor del usufructuario un derecho propio, exclusivo y perpetuo, que no dependería en modo alguno de la duración del usufructo y que, como es natural, sería transmisible á los herederos del mismo usufructuario. Amparándose de la inacción necesaria impuesta al dueño por razón del usufructo, podría el usufructuario como tal dejar de explotar las referidas substancias, dando lugar á que, decaída de esta suerte la prelación reconocida en favor del dominio por las leyes de minería, cupiera, por denuncia del usufructuario, convertir á éste en verdadero concesionario de dicha clase de minas.

A fin de evitar estos inconvenientes comprende, como decía, el art. 1.331 del Proyecto el párrafo 2.°, que adicionando en el indicado sentido lo prevenido en el art. 478 del Código, evita que el usufructuario pueda hacer en perjuicio del dueño la denuncia á que se refiere el mismo artículo.

Artículo 479. — En lo referente á este artículo tan sólo he considerado que era preciso prescindir de lo que constituye una vaguedad ó indeterminación del mismo.

Sus últimas palabras declarando que al usufructuario corresponde en general el disfrute de todo beneficio inherente á la cosa usufructuada, podrían por su falta de precisión originar importantes cuestiones que es necesario evitar; sobre todo cuando, según ya dejo dicho al ocuparme de otros artículos anteriores, además del concepto indeterminado de la palabra beneficios, se agrega la pluralidad de expresión que en lo relativo al disfrute emplea el Código, ya con este nombre en el art. 467, ya con el de percibo de frutos en el 471, ya con el de aprovechamiento de la cosa en el 480.

Como el Código no ha regulado el derecho de disfrute; como carece por lo mismo de criterio legal acerca de las fuentes de donde pueden derivar los beneficios para la cosa apropiada, no es extraño que, pareciéndole poco, sin duda, lo referente á la accesión y á las servidumbres, y temiendo incurrir en el olvido de otras distintas utilidades, haya optado por la fórmula cómoda, aunque vaga y por consiguiente incierta, que contiene la última parte del mencionado art. 479.

Mas como ya es sabido que en este punto el proyecto observa un sistema diametralmente distinto, regulando con precisión el derecho de disfrute que á la propiedad corresponde, para fijar por este proceso las respectivas fuentes de todo aumento de la cosa apropiada, dicho se está que era enteramente innecesario mantener en el Proyecto la referida indeterminación que en el Código se explica, aunque no se justifica, además de ser conveniente suprimirla para dar verdadera certidumbre á los respectivos derechos que derivan del mencionado artículo.

Artículo 480. — He aquí el precepto que en materia de usufructo ha venido, por decirlo así, á truncar el estado de nuestra legislación para modelarla en lo que respecta á esta institución, según la corriente iniciada por el Código

francés (595) y seguida de casi todas las legislaciones modernas [1].

Prescindiendo de los motivos de carácter verdaderamente secundario que impulsaron á la legislación francesa á apartar del usufructo todo concepto de servidumbre y de servidumbre personal, fijándose más en el nombre que en la naturaleza de esta institución, para llevar inconscientemente al derecho civil una reforma de semejante trascendencia, por el sólo afán de mantener en este orden la protesta que en el político iniciaba el nuevo régimen contra toda idea de servidumbre, á buen seguro que los legisladores franceses no se fijaron lo bastante en la importancia y consecuencias de la modificación que introducían.

Sin duda creyeron que negando al usufructo el nombre de servidumbre, ya quedaba libre la propiedad, ó por mejor decir el dominio.

Estimaron probablemente que el usufructo no restringía ni limitaba el dominio, que era tan sólo un modo de ser que podía perpetuarse de una manera análoga á las servidumbres rústicas, sin que importara, por lo mismo, cosa alguna que fuera el mismo usufructuario ú otra persona distinta el que, favorecido por el derecho del usufructo, hubiera de tener la posesión y el régimen de la cosa.

Así se comprende que á la negación del concepto de servidumbre acompañara aquella legislación la reforma en que le han seguido la mayor parte de los Códigos modernos, proclamando en su art. 595 que el usufructuario puede enajenar su derecho á título oneroso y á título gratuito.

---

1 Art. 1.011 Código alemán, 64 de Costa Rica, 793 chileno, 1.330 Guatemala, 2.207 portugués, 491 italiano, 982 mejicano, etc.

Que era preciso para esto desnaturalizar el usufructo; atribuirle condiciones de que carecía esta institución según sus propios orígenes; que de tal suerte resultaba que lo que era usufructo había de dejar de serlo para modelar con este nombre una institución por todo extremo distinta, en que fueran hasta cierto punto indiferentes las relaciones entre propietario y usufructuario y por virtud de la cual se caracterizase su respectivo derecho de propiedad, nada de esto fué obstáculo para que aquella legislación, á cambio de conseguir que el usufructo no se denominara servidumbre, no reparara en sacrificar la libertad de la propiedad facilitando en ella el estado de servidumbre.

La legislación antigua, inspirada en todos los países en los principios del Derecho romano, había prestado preferentemente atención á todo cuanto podía conducir á que la propiedad fuese libre y á que sus restricciones sólo obedeciesen á causas puramente necesarias que facilitaran, por su desaparición, la reversión de sus derechos al dominio.

Ciertamente que causas más de carácter político que verdaderamente civil trastornaron fundamentalmente esta tendencia en el derecho, creando toda especie de trabas y restricciones al desenvolvimiento de la propiedad, de que han dado clara muestra, entre nosotros, los señoríos, las vinculaciones, amortizaciones y, en una palabra, toda clase de manos muertas.

Pero al fin, por todas ellas, lo único que se impedía era el movimiento de la propiedad, su libre disposición, la libertad de transferencia, sustituyendo en cierto modo en este punto la acción legal á la acción voluntaria, convirtiendo á la ley en instrumento por el cual se perpetuaran los fines de personalidades, ó extinguidas, ó caducadas, ó muertas para el mismo derecho, como expresa el propio nombre con que son designadas en general (manos muer-

tas) todas las referidas instituciones, que más bien por motivos políticos que de verdadero interés privado constituían obstáculos insuperables para el desenvolvimiento ó el libre comercio en materia de propiedad.

Á pesar de tan grave perturbación, sostenida por espacio de muchos siglos y difundida con carácter más ó menos acentuado en gran parte de los pueblos europeos, el régimen de la propiedad se mantenía inalterable. Continuaban siendo, por decirlo así, las mismas las formas bajo las cuales podía modificarse ó restringirse el dominio, salvo lo que dejo indicado respecto al derecho de transmisión.

La Revolución francesa, ó por seguir la tendencia mediante la cual las instituciones políticas habían influído poderosamente en el Derecho civil, ó por creer que no había de tener menos autoridad el nuevo régimen para introducir reformas de importancia en esta esfera de derecho, al propio tiempo que demolía todas las antiguas ingerencias que coartaban la libertad de la propiedad, vino á introducir por el Código francés una restricción nueva, anómala en su género, inspirada igualmente, como las antiguas modificaciones, en motivos de carácter esencialmente político y sin reparar que venía á constituir una verdadera contradicción con aquella tendencia demoledora que se afanaba por salvar la libertad en el derecho.

No de otro modo se explica que la reforma de la Revolución francesa se llevara al derecho de disfrute, hasta entonces respetado, á diferencia del derecho de transmisión, sobre el que habían venido á recaer las antiguas reformas que por motivos políticos dificultaban ya en aquella época el movimiento ó el tráfico de la propiedad.

Por esto indicaba que, á mi juicio, inconscientemente sin duda, se llevó á cabo tan trascendental reforma; que lo que comenzó por ser una modificación formal, puramente nominal, acabó, sin querer, por convertirse en la alteración completa de una institución, la del usufructo, ha-

ciendo desaparecer su naturaleza tradicional y originaria, para designar con dicho nombre á una institución distinta.

Se quiso, es verdad, que el derecho de usufructo fuese capitalizable; se creyó sin duda que nada más útil para conseguir este propósito que convertirlo en transmisible; se consideró quizá que no había de haber perjuicio para el dueño en que la percepción de los frutos tuviera lugar por el mismo usufructuario ó pasara á persona distinta, y se acabó por estimar que, con tal de dejar á salvo la condición de tiempo correspondiente á dicho derecho, ni en el terreno de los principios habían de aparecer contradicciones, ni los intereses del dueño habían de resultar perjudicados, quedando, sobre estas dos hipótesis, un terreno donde poder libremente alterar todo lo que hasta entonces había subsistido por espacio de muchos siglos.

Si la legislación francesa adoptó francamente, sin reparar en sus consecuencias, la referida reforma, no todas las legislaciones la han admitido sin reparos.

Por apego á la tradición, ó por haber meditado sobre los resultados de semejante innovación, algunas legislaciones se han esforzado en adoptar ciertos distingos entre el derecho de usufructo y el ejercicio del mismo derecho, para mantener aquél en sus condiciones originarias y aplicar sólo al llamado ejercicio las innovaciones de la reforma; así como otras, según ha acontecido entre nosotros, comenzaron de un modo vergonzante ó indirecto á barrenar la firmeza de la institución del usufructo tan sólo en la materia de hipoteca, núm. 2.° del art. 107 de la ley Hipotecaria, consintiendo únicamente lo que bajo aquella distinción era calificado de derecho de percepción de frutos, para acabar al fin, mediante el Código civil (art. 480), por declarar enajenable el mencionado derecho al proclamar (artículos 467 y 470), como era natural, dada una reforma tan anómala, que por usufructo se entendiese lo que tuviese á bien designar con este nombre el instituidor ó fun-

dador, y al guardar un absoluto silencio acerca del carácter personal ó real del derecho peculiar de semejante institución.

Véase de qué manera ha ido cambiando radicalmente en el derecho positivo la institución del usufructo.

Hoy es usufructo lo que el particular quiere que lo sea. No se sabe si es derecho real ó personal. No se sabe tampoco si el particular á su antojo puede cambiar con ocasión del usufructo las condiciones particulares de todo derecho real. No se conoce el alcance del disfrûte que al usufructuario corresponde; y aunque se sabe que puede enajenar ó ceder gratuitamente su derecho, se sabe también que es menester para esto trastornar gran parte de los principios en que descansa el derecho de propiedad.

Lo único en que por lo visto se ha cimentado tan trascendental innovación ha sido en que todo el que tiene un derecho puede utilizarlo por sí ó por medio de otra persona, aunque sea enajenándoselo, siempre que la ley no prohiba su transferencia.

Claro es que para esta consideración, lo primero que se hace es prescindir de la prohibición legal que, en materia de usufructo, deriva de la naturaleza de este derecho; prohibición que si ha desaparecido en nuestra legislación moderna, ó sea el Código civil, existía marcadamente en nuestro antiguo derecho, ley 24, tít. XXXI, partida 3.ª, siendo por lo mismo la cuestión que con este motivo se agita, no de derecho constituído, sino de derecho constituyente, y por tanto, de si el Código civil debía ó no haber alterado lo que por espacio de siglos, y conservando sus condiciones originarias, había subsistido en nuestra legislación.

Desgraciadamente el legislador español, á semejanza del francés, se paró muy poco en considerar las consecuencias que lógicamente había de producir la innovación que introducía.

Desgraciadamente también el legislador español consideró, por lo visto, que la esencia del usufructo descansaba en las meras condiciones de su duración ó carácter temporal, y de la percepción de los frutos.

Ya se ha visto, y de ello dan clara muestra los artículos 467 y 470, que le es poco menos que indiferente el valor real ó personal de dicho derecho, y además la necesidad de conservar la forma y aun la substancia de la cosa usufructuada.

Estos elementos esenciales, verdaderamente típicos, de la institución, resultan actualmente cosa baladí ó de poca monta.

Pero lo singular del caso es también, y probablemente como consecuencia de haberse dejado de regular el derecho de disfrute, que tampoco resulta determinado en qué consiste el uso que al usufructuario corresponda, si es que no hay que admitir la consecuencia de que, por no ser el uso la percepción de frutos ni tener nada que ver con el tiempo que dure esta percepción, deba quedar el usufructuario privado del uso de la cosa, para limitarse á recibir los frutos que ésta produzca espontáneamente ó bajo el cuidado, régimen ó administración del dueño.

Ciertamente que al considerar las disposiciones del Código relativas á las obligaciones del usufructuario, y muy especialmente las de los artículos 491, 494, 497 y 522, no hay ni puede haber duda de que la posesión y administración de la cosa corresponde al usufructuario, aunque nada diga sobre tan importantísimo derecho la sección destinada á tratar de los derechos del usufructuario, si se exceptúa la facultad que le confiere el art. 487 para poder hacer mejoras útiles ó de recreo en los bienes del usufructo; por más que semejante facultad no sea claramente determinante del derecho á poseer y administrar, cuando se observa que en la sección destinada á tratar de las obligaciones del usufructuario (la 3.ª del mencionado ca-

pítulo I, tít. VI, lib. II), se contiene el art. 503, que confiere también al propietario, ó por mejor decir al dueño, la facultad de hacer las obras ó mejoras de que sea susceptible la finca usufructuada, y aun nuevas plantaciones si se trata de fincas rústicas.

Esta doble posesión, y casi podría añadir esta duplicidad de régimen ó gobierno de la cosa, no obstante las salvedades con que se procura por dichos dos artículos declarar que ni el usufructuario perjudique al dueño ni el dueño al usufructuario, declaración que, como se comprende, es más bien de carácter teórico que práctico, á menos de admitir una doble posesión real, punto menos que imposible, no puede menos de suscitar fundadas dudas acerca de si el usufructuario tiene ó no el uso exclusivo de la cosa, y acerca de su alcance en el caso afirmativo, aun cuando para el Código quede siempre el expediente ó socorrido recurso de remitirse al título constitutivo del usufructo, con la esperanza de que cada fundador organice completamente la institución que se proponga establecer.

Parecía natural que, ya que el Código no hubiese regulado el derecho de disfrute al tratar de la propiedad en general, hubiera al menos regulado el uso de las cosas con motivo de la institución del usufructo, comprendiendo el referido uso entre los derechos del usufructo mientras no precisara la utilidad jurídica de esta institución, como se determina en el Proyecto por el párrafo 2.º del art. 1.313, y señalando si el uso, ó en todo ó en parte, había de ser exclusivo del usufructuario ó en comunión con el dueño, y definiendo en este último caso, de un modo verdaderamente práctico, los límites respectivos de semejante acción común.

Ya los comentaristas, bien que sin fijarse en la trascendencia indicada que tienen dichos dos artículos 487 y 503 del Código, respecto á la posesión material y admi-

nistración de la cosa usufructuada, han hecho notar, sin embargo, la dificultad práctica que necesariamente ha de ofrecer la facultad conferida al dueño por el último de dichos artículos, no habiéndola subordinado á las condiciones mediante las cuales la reconocen también el Código portugués (art. 2.227) y el argentino (2.912).

Pero independientemente de esta complicada situación que resulta, según el Código, en lo relativo al uso de la cosa concedida en usufructo, y admitiendo, por lo mismo, desde luego, que dicho uso corresponda al usufructuario con carácter exclusivo, y que en él recaiga exclusivamente también la posesión y administración de la cosa usufructuada, se comprende, por esta sola circunstancia, que ni para el propietario, cuyo dominio resulta restringido por el usufructo, ni para el derecho, que ha de ver siempre en esta institución una servidumbre, cuya utilidad ha de reverter en definitiva en la plena propiedad, ó sea en el dominio, ni para la cosa, que ha de ser conservada en condiciones de responder constantemente á los intereses del dueño, puede ser indiferente el carácter transmisible ó intransmisible del derecho real en que consiste el usufructo.

Á buen seguro que sin los prejuicios que ha levantado la referida distinción entre el derecho del usufructo y el ejercicio de este derecho, por la cual se ha tratado de cohonestar la reforma radical introducida en este punto por la legislación francesa, habría bastado, para impedir que tomara carta de naturaleza en nuestro derecho, la sola consideración de ser obligación del usufructuario la de conservar la cosa tal cual se la entrega el dueño, y, por consiguiente, sin alterar ni su substancia ni su forma.

¿Cómo ha de poderse transmitir el derecho de usufructo sin hacer entrega de la cosa fructuaria al adquirente, y cómo es posible sostener que pueda realizar legítima-

mente esta entrega el que precisamente está obligado á conservar?

Si esta obligación no fuese esencial del derecho de usufructo, se comprendería que pudiera establecerse el referido divorcio entre este derecho y aquella condición, para poder imprimir vida jurídica distinta, por sus transmisiones sucesivas, á aquel derecho y á la referida obligación.

Pero cuando precisamente semejante derecho de usufructo existe en virtud de la condición expresada; cuando de consiguiente sin ella el derecho desaparece, ¿cómo cabe autorizar la transmisión del derecho, que ha de llevar consigo la tradición de la cosa, sin rasgar la condición que constituye señaladamente uno de los derechos, quizás el más capital, de la nuda propiedad? ¿Qué sucedería si, por ejemplo, en el título constitutivo del usufructo se prohibiese, por modo expreso, la enajenación del derecho de usufructo, ó se prohibiera tan sólo la tradición ó entrega de la cosa? ¿No se vería precisado el usufructuario á disfrutarla, por sí á causa de la necesidad absoluta de conservarla en su poder, é imposibilitado, por tanto, para hacer transmisión alguna de su respectivo derecho? ¿Se pretenderá, quizás, que á pesar de los artículos 467 y 470 del Código no cabe prohibir al usufructuario, por el título constitutivo del usufructo, la enajenación de este derecho ni el desapoderamiento de la cosa?

Pues si la condición prohibitiva del título constitutivo lleva consigo la intransmisibilidad del derecho de usufructo, ¿cómo no ha de llevarla el usufructo mismo, cuya especial naturaleza jurídica implícitamente envuelve la referida prohibición, á consecuencia de la necesidad de conservar el usufructuario la cosa que se le confía en usufructo?

Dígase lo que se quiera, mientras el usufructo no se limite á la percepción de frutos, sea quienquiera el que

los produzca, sino que lleve forzosamente consigo, para realizar el disfrute de la cosa, la posesión y administración de la misma, siempre resultará una condición prohibitiva de la transmisión del derecho; lo mismo la prohibición debida á la voluntad, que la condición de tener que conservar y no poder, por consiguiente, desprenderse de la cosa entregada en usufructo.

He aquí señalado el error fundamental en que han incurrido las legislaciones modernas, é igualmente nuestra misma legislación hipotecaria al hablar del ejercicio del derecho de usufructo como cosa distinta del usufructo mismo.

Por esto la enajenación del derecho de usufructo, aun cuando fuese tan sólo en la forma de gravamen hipotecario, y mediante la fórmula vergonzante de establecerlo únicamente sobre el derecho á percibir los frutos, no ha podido realizarse sin alterar la esencia del usufructo, despojando en su virtud al dueño del derecho que le asiste para que el usufructuario y no otro sea el que conserve y, de consiguiente, posea y administre la cosa usufructuada.

Así indicaba hace poco los reparos que, en consideración á este derecho del dueño, debieron ofrecerse á la mayor parte de los legisladores modernos para autorizar la transferencia del usufructo sin comprometer los derechos peculiares del dominio; y así hacía presente también que estos mismos reparos debieron acentuarse más y más tratándose de los redactores de nuestra legislación hipotecaria, cuando ni aun se atrevieron á declarar hipotecable el ejercicio del derecho de usufructo, sino que se limitaron únicamente á declarar hipotecable el derecho á la percepción de frutos.

¿Entendieron con esto los redactores de la ley Hipotecaria que aunque el usufructuario pudiese comprometer en hipoteca los frutos que le correspondiese percibir, debía

ser él, sin embargo, quien continuara en la posesión y en el régimen de la cosa?

Así parece indicarlo la exposición de motivos de dicha ley, cuando dice "que es regla general que el usufructua- „rio no puede enajenar ni la cosa de que no es dueño, ni „el mismo derecho de usufructo, que como personalísimo, „no es *comunicable*, ni *transmisible*..... aunque—añadía „aquella exposición de motivos—puede enajenar los fru- „tos que le han de corresponder mientras exista la servi- „dumbre."

Esta enajenación, por sí sola, fué seguramente lo que dió lugar á que en el núm. 2.° del art. 107 de la ley se declarase hipotecable el derecho de percibir los frutos en el usufructo; fórmula acerca de la cual se comprende fácilmente que bien valía la pena de que el legislador español, al adoptarla, hubiera trazado los límites de su verdadero valor jurídico, para señalar en qué se diferenciaba del usufructo como tal, si éste era ó no divisible y constituía ó no una parte disgregada del mismo el llamado derecho de percepción de frutos, y bajo qué condiciones había de existir este último en lo relativo á la producción de los frutos, y, por tanto, en lo referente á la posesión y administración de la cosa, siquiera para el efecto de que el acreedor hipotecario, á quien se brindaba á interesarse en semejante forma aleatoria, pudiera claramente conocer cuáles habrían de ser los límites de su respectivo derecho, si llegaba el caso de tener que hacer efectiva tan extraña ó singular hipoteca.

Ni una palabra, sin embargo, contiene la exposición de motivos de la ley Hipotecaria acerca de una reforma de tan grave trascendencia.

No hay, de consiguiente, posibilidad de conocer, por la exposición de motivos de dicha ley, qué es lo que entendía el legislador español por el llamado derecho de percibir los frutos en el usufructo, declarando explícitamente

que el mismo derecho de usufructo no es comunicable ni transmisible.

Si el usufructuario puede enajenar los frutos que le han de corresponder mientras exista la servidumbre, este objeto, puramente eventual ó aleatorio, sólo podía haber sido materia para los contratos aleatorios, pero de ninguna manera para el establecimiento de verdaderos derechos de propiedad, independientes ó ajenos al derecho de propiedad ó real que el usufructo constituye.

Los frutos en que en definitiva ha de hacerse efectivo cualquier derecho limitado á su percepción, ó son cosa inherente al fundo, mientras no llega el momento de percibirlos, ó son cosa separada de él y de carácter esencialmente mueble, cuando su percepción tiene lugar.

En el primer caso, la misma ley Hipotecaria, por su número 1.° del art. 108, declara terminantemente que no pueden ser objeto de hipoteca, y menos aún, sin necesidad de dicha declaración, podrían serlo tratándose de la institución del usufructo; porque mientras forman parte integrante de la cosa usufructuada, les alcanzan las condiciones de ésta con relación al usufructo, que es sabido no puede ser gravada ni enajenada por el usufructuario.

En el segundo caso, la condición de muebles excluye igualmente, sobre los frutos percibidos, todo derecho de hipoteca y, en general, toda acción derivada de las disposiciones de la ley Hipotecaria.

¿Qué quedaba, pues, como objeto ó materia útil del llamado derecho á percibir los frutos, si éstos ni antes de su percepción, por formar parte de la cosa, ni después de percibidos, por su separación, pueden ser objeto de hipoteca?

He aquí, según indicaba, el error en que se incurrió en la ley Hipotecaria estimando como objeto de hipoteca el llamado derecho á la percepción de frutos, que, ó no es nada si se le considera independientemente de los frutos

mismos, ó no es nada tampoco si se intenta considerarle independientemente del usufructo.

Ni el usufructo es un derecho divisible, ni cabe establecer distinción alguna, de verdadera realidad, entre el derecho á los frutos y el derecho á la percepción de frutos; y como que el derecho á los frutos no reune condiciones para poderse hacer efectivo mientras no llegue el momento de realizar su adquisición por virtud del usufructo; y como es evidente asimismo que el derecho á los frutos, considerado independientemente de la cosa que los produce, en nada altera ni puede alterar lo relativo á su posesión y al régimen y administración de la cosa misma, fácilmente se comprende que el llamado derecho de percepción de frutos, sin llevar consigo los efectos del derecho de usufructo ni poder, por tanto, referirse á la cosa usufructuada ni á su posesión y administración, sino pura y esencialmente á los frutos cuando tengan legalmente independencia jurídica del fundo que los produzca, es un derecho que ni tiene base verdadera sin admitir el fraccionamiento ó divisibilidad del usufructo; ni tenía base lógica cuando los propios redactores de la ley Hipotecaria declaraban expresamente que el usufructo ni era comunicable ni transmisible; ni tiene tampoco base útil mientras no existan frutos separados de su fundo productor, y, sobre todo, mientras el interesado en el derecho no pueda regir su producción; ni cabía esperar realidad alguna para semejante derecho frente á una complicación tan inexplicable, que no creo equivocarme al afirmar que habrán sido probablemente escasísimas, si es que ha existido alguna, las hipotecas que con todas estas complicaciones, y además con las derivadas del carácter aleatorio de toda convención fundada en el usufructo, se hayan constituído por virtud de este nuevo derecho que implicaba la referida reforma tan poco meditada de la ley Hipotecaria.

Posible es que estos mismos inconvenientes, traducidos prácticamente por la falta de aplicación de lo dispuesto en dicha ley, hayan hecho comprender á los redactores del Código civil que era preciso hacer desaparecer la innovación de la Hipotecaria, ó era indispensable no reparar en nada para hacer desde luego la reforma radical iniciada en la legislación francesa, proclamando por el artículo 480 del Código la facultad del usufructuario para enajenar su derecho de usufructo.

En este punto, lo único que se observa en la innovación del Código es que ha procedido con más lógica que la ley Hipotecaria, aunque desgraciadamente sin meditar tampoco las consecuencias de dicha innovación.

Se mantenía el error de no considerar como condición inherente al usufructo la obligación de conservar ó poseer el usufructuario la cosa usufructuada, y se incurría á su vez en la contradicción de declarar semejante obligación al calificar el usufructo en el art. 467, facultándole después para quebrantarla por medio de la enajenación de su derecho, que había de exigir la transmisión de la posesión y del régimen de la cosa, sin intervención del dueño y á persona que ninguna relación eficaz había de tener con él.

¿Qué prejuicio ha podido conducir á buscar únicamente lógica en las consecuencias de un error, para dar al usufructo una vida que pugna con su propia naturaleza y para sacrificar ó alterar los derechos del verdadero dueño en quien debe reverter, en definitiva, la cosa constituída en usufructo?

He aquí el enigma de semejante reforma, en que campea el empeño de extender la esfera de acción del usufructo, y á la vez el de reducir ó perjudicar los derechos del dueño.

Mas si únicamente se tratase de favorecer al uno á expensas del otro, aun cuando fuera doloroso que semejante

injusticia derivase de la ley, nada tendría que oponer mientras no afectara á los principios jurídicos y permitiera, por consiguiente, estatuir para la propiedad un orden más expedito para su libre desenvolvimiento, menos complicado para su vida y más positivo, tanto en el orden posesorio como en lo referente á la utilidad en el derecho.

Á mi juicio, sin embargo, sucede precisamente lo contrario.

La referida facultad conferida al usufructuario por el artículo 480 del Código, había forzosamente de llevar consigo múltiples contradicciones entre los principios en que descansa el orden jurídico.

Bien se comprende que esta había de ser la consecuencia forzosa del empeño de autorizar un estado de derecho diametralmente contrario á la naturaleza especial del derecho mismo de que se trata.

El Código, como no podía menos de suceder, ha tropezado con este inconveniente. Muestra de ello ofrece el artículo 498, por el cual se declara que el usufructuario que enajene ó dé en arrendamiento su derecho de usufructo, es responsable del menoscabo que sufran las cosas usufructuadas por culpa ó negligencia de la persona que le sustituya.

El solo hecho de tomar por sinónimos la enajenación y el arrendamiento, para el efecto de la sustitución de la persona del usufructuario, revela claramente hasta qué punto andan confundidos ó perturbados los conceptos jurídicos en el Código civil.

Verdad es que semejante perturbación se refleja doblemente en el solo hecho de admitir como admite también el arrendamiento del derecho de usufructo; lo cual, además de pugnar abiertamente con todos los principios que regulan el contrato de arrendamiento, sobre todo en lo relativo al objeto ó materia del arriendo, que ha de consistir, según expresamente reconoce el art. 1.542 del mismo

Código, en *cosa*, ú *obra* ó *servicio*, pugna asimismo con los que regulan el interés necesario en todo derecho para su respectiva subsistencia, puesto que difícilmente cabría comprender el arrendamiento del derecho de usufructo de la cosa sin el arrendamiento de la misma.

Pero aparte de esta confusión de conceptos, de la que al fin podría prescindirse si no tuviera tanta trascendencia, siempre resulta que nada establece el art. 498 ni respecto á los efectos que haya de producir en cuanto á la fianza, la enajenación ó el arrendamiento del derecho de usufructo, ni si debe constituirla el adquirente ó el arrendatario en el caso en que no se haya constituído por el usufructuario, ó éste lo sea del usufructo legal, ni tampoco cómo hayan de resolverse las cuestiones relativas á las reparaciones ordinarias entre el usufructuario y sus sucesivos cesionarios, ni cómo quepa realizar la debida aplicación, en tales casos, de los mismos principios en que el Código regula la posesión de las cosas, cuando el usufructuario que enajena su derecho ni tiene la cosa en concepto de dueño ni tampoco en el de tenedor, haciéndole, sin embargo, responsable de los hechos de aquel en quien radica la posesión material, como si fuera para el derecho una cosa baladí y de poca monta cimentar relaciones en que la responsabilidad de los actos recaiga en persona distinta del que los realiza, sin ser éste dependiente y ni aun siquiera mandatario de aquél, y en que el interés por la conservación de las cosas resulte de tal suerte enteramente divorciado de la persona facultada para tenerlas en su poder.

No parece sino que así como nuestra ley Hipotecaria se empeñó en autorizar una hipoteca que por su indeterminación y por sus contingencias aleatorias es probable que practicamente no haya tenido la menor utilidad, los redactores de nuestro Código civil, por prurito de copiar lo admitido sin serio examen por las legislaciones extran-

jeras, se hayan lanzado también á autorizar esas llamadas cesiones ó enajenaciones del derecho de usufructo, cuya eventualidad ha de solicitar escasamente el interés de los particulares y cuya contradicción de principios ha de perturbar tan notoriamente el desenvolvimiento regular y ordenado del derecho.

¿Qué interés ha de tener en la conservación de la cosa usufructuada el que no es responsable del menoscabo que sufra por su culpa ó negligencia, puesto que sobre esto último nada dice el art. 498 respecto al adquirente ó cesionario del derecho de usufructo? La responsabilidad del usufructuario para con el dueño ¿deberá determinarse por los actos del usufructuario, ó por los actos del cesionario? En una palabra: si hay causas que releven de responsabilidad al tercero, ¿aprovecharán éstas al usufructuario para relevarle de responsabilidad, aun cuando sean distintas las circunstancias que concurran en uno y otro? Es más: si por caso fortuito ó fuerza mayor, ocurridos al cesionario del usufructo, perece ó se deteriora la cosa usufructuada, ¿será ó no responsable el usufructuario á quien no habrían alcanzado semejantes accidentes si hubiese conservado en su poder la cosa constituída en usufructo? ¿Cómo se comprende que haya de descansar la cesión del usufructo en un contrato de tal modo leonino, que el usufructuario ó cedente cargue con todas las responsabilidades derivadas de los actos del cesionario sobre la cosa usufructuada sin que á éste le alcance ninguna de dichas responsabilidades? ¿Y cómo se compagina, además, en el orden posesorio, que el dueño conserve la posesión civil cuando el tenedor ó poseedor material tiene la posesión de la cosa sin recibirla del dueño? ¿Cómo cabe que uno posea á nombre de otro sin haber recibido la cosa de aquel en cuyo nombre posea?

Ó sería menester prescindir de la doctrina relativa á la posesión civil que asegura en el dominio la virtualidad

y eficacia del derecho posesorio, aun cuando aquél se halle modificado ó restringido por cualquiera de los derechos reales que exigen la posesión material de la cosa, ó es forzoso reconocer el obstáculo, por decirlo así insuperable, que el derecho posesorio opone á toda enajenación del derecho de usufructo, negada por los romanos y por nuestra tradicional legislación hasta el Código civil y sustentada por las legislaciones modernas y por este último cuerpo legal de nuestra Patria.

Dígase lo que se quiera en este punto, ya se suponga que la facultad de enajenar á que se refiere el art. 480 lleva consigo la facultad de gravar, ya se adopte el criterio de otras legislaciones extranjeras que, para evitar semejante hipótesis, declaran expresamente que el derecho de usufructo puede ser objeto de carga ó gravamen, á buen seguro que siempre resultará que la utilidad de todas estas cargas ó gravámenes tendría que hacerse efectiva sobre la cosa usufructuada, por más que se creyera cumplir con las exigencias de la servidumbre de usufructo limitando á la duración del mismo la duración de tales cargas, y aun quizás estableciendo prohibiciones contra la renuncia voluntaria que el usufructuario puede hacer de su derecho para poner término á la restricción ó modificación del dominio cuando de algún modo hubiese comprometido su respectivo derecho de usufructo, punto acerca del cual ni siquiera resultan acordes nuestro Código civil con la ley Hipotecaria, no conteniendo como no contiene el art. 480 la salvedad contraria á las causas voluntarias por las que puede terminar el usufructo, contenida, si bien tan sólo con referencia á la hipoteca del llamado derecho á percibir los frutos, en el párrafo 2.° del artículo 107 de la mencionada ley.

Por más que pudiera creerse que cuando el usufructuario compromete su derecho carece de libertad para renunciarlo, no es difícil observar que dicha consideración

descansa en la petición de principio de que el usufructuario pueda comprometerlo; porque si el usufructo no es comunicable ni transmisible, como afirmaban los redactores de la ley Hipotecaria y como había establecido de antiguo el Derecho romano y constantemente nuestra legislación, para franquear en todo lo posible la libertad de la propiedad y no dar lugar á que con motivo de los derechos reales restrictivos ó modificativos del dominio se crearan obstáculos ó intereses opuestos á toda acción voluntaria para dicha consolidación, en nada padecerían los principios del derecho, como no padecen cuando el dueño, después de haber arrendado cosas de su propiedad, verifica su enajenación, toda vez que las relaciones meramente personales, como por ejemplo, en el arrendamiento no inscrito, en el comodato, etc., no tienen alcance alguno capaz de implicar la sujeción de la cosa y de traspasar, de esta suerte, los límites referentes á la obligación producida por el contrato ó á la indemnización que entre los contratantes pueda provocar su falta de cumplimiento.

¿Cómo se comprende, pues, que si el usufructuario no puede enajenar ni gravar la cosa usufructuada que es el medio útil, real y positivo que ha de servir para hacer eficaz todo gravamen ó simple compromiso del derecho de usufructo, quepa autorizar semejante clase de cargas? ¿Es que no implicarán sujeción de la cosa? Pues entonces ¿de qué servirá autorizar tales enajenaciones ó gravámenes, si no han de rebasar los límites de un derecho meramente personal entre el usufructuario y los cesionarios ó interesados en su derecho? ¿Será quizás por esto que el Código no se ha atrevido á calificar de derecho real ó personal al usufructo?

Dígase si en medio de esta confusión, creada en la institución del usufructo, no es preferible desandar el camino y volver la vista á nuestro antiguo derecho, que al menos

tenía la inapreciable ventaja de trazar con completa precisión la naturaleza jurídica y alcance de esta institución, su valor de derecho real y consiguiente sujeción de la cosa usufructuada, siempre sin menoscabo de las facultades del dueño y del interés que al mismo corresponde en la conservación de la cosa para mantener la integridad de su dominio cuando á él deba reverter por conclusión del usufructo, siempre también sin necesidad de subvertir los principios de la posesión civil ni de hacer responsable á uno de los actos de los demás, ni de provocar relaciones jurídicas poco menos que innecesarias por no poderse definir su respectivo interés al tiempo de contraerlas.

Todas estas consideraciones y otras muchas que no indico por no dar demasiada extensión á este asunto, me han movido á redactar en el art. 1.322 de mi Proyecto la prohibición de enajenar el usufructo ni de poderlo hacer objeto de hipoteca ú otro derecho diferente, prohibición que, como es sabido, no impide que el usufructuario pueda comprometer ó utilizar cuantas adquisiciones verifique en virtud del usufructo de que se halla asistido.

Esta afirmación frente á la innovación introducida por el Código, sólo tiene por fin ofrecer las instituciones con su verdadera realidad; dar, en una palabra, á las cosas su propio nombre, no consentir, por último, que el usufructuario disponga ni comprometa la cosa usufructuada, ni puedan tener otro valor que el de un derecho meramente personal los compromisos que contraiga sobre las adquisiciones que pueda hacer en virtud del usufructo, aun cuando se valga para ello de conceptos como los del ejercicio del derecho de usufructo, ó del derecho á la percepción de frutos, ó de cualquier otra de las varias denominaciones con las cuales se ha intentado barrenar el principio de la intransmisibilidad del mencionado derecho.

Mientras el usufructuario no pueda disponer ni compro-

meter la cosa usufructuada; mientras el usufructo sea sólo un título para convertir en propios los productos de la cosa usufructuaria y, por consiguiente, cuando no formen parte integrante de la misma; en tanto subsista la necesidad de atenerse á que toda disposición ó compromiso del usufructuario lleve en sí, como nota esencial, la condición de buscar su utilidad en algo que no forme parte integrante de la cosa usufructuada, resulta evidentísimo que por virtud del usufructo no hay términos hábiles para establecer derecho real sobre la cosa en que radique y que, por tanto, sus compromisos deben ser necesariamente personales.

Esta manifiesta divergencia entre los resultados jurídicos que pueden obtenerse según el Código, y los que podrían obtenerse según nuestra antigua legislación, á la que se acomoda el referido art. 1.322 del Proyecto, es consecuencia tan sólo de no haber tenido en cuenta el nuevo cuerpo legal la referida condición inherente al usufructo.

Por esto ha declarado que los contratos que celebre el usufructuario se resolverán al final del usufructo, siendo así que lo que procedería declarar, si no lo hiciese innecesario la naturaleza misma del usufructo, es que los contratos que celebra el usufructuario sólo serán eficaces sobre las adquisiciones que al usufructuario correspondan cuando llegue el momento de conseguirlas.

De esta suerte la utilización que el usufructuario haga de su derecho puede tener lugar con entera separación y sin el más mínimo menoscabo de los derechos correspondientes al dueño, como que siempre quedará, según estaba en nuestra legislación, perfectamente determinado que, así como la cosa es el objeto de que el dueño puede disponer, los frutos separados de la misma son lo único que el usufructuario puede transmitir.

Y téngase presente además que hasta tal punto la enajenación del derecho de usufructo, reconocida en el art. 480,

ha de producir un trastorno ó crear una situación verdaderamente inexplicable en nuestra vida jurídica, que, aparte de la contradicción, antes indicada, en que resulta con lo prevenido en el núm. 2.° del art. 107 de la ley Hipotecaria, en cuanto á las causas voluntarias por las que pueda terminar el usufructo respecto á la hipoteca del derecho á percibir los frutos á que se refiere el mencionado artículo, todavía la contradicción entre el Código y la referida ley se presenta de más bulto al considerar la prohibición de hipotecar tan extraño derecho establecida expresamente por el núm. 7.° del art. 108, cuando sea legal el usufructo de que se trata ó, como dice dicha ley: "el concedido por las leyes ó fueros especiales á los padres ó madres sobre los bienes de sus hijos y al cónyuge superviviente sobre los del difunto."

No puede perderse de vista, cuando se trata de la aplicación de los preceptos legales, que no cabe distinguir donde la ley no distingue; y cuando el art. 480 declara paladinamente que el usufructuario puede enajenar su derecho de usufructo, aunque sea á título gratuito, sin hacer al efecto la menor distinción entre el constituído por la ley, ó por la voluntad de los particulares, ó por prescripción, que es sabido son los orígenes ó las fuentes que el artículo 468 señala para semejante derecho, es visto que la facultad de enajenarlo ha de alcanzar á todo usufructo, cualquiera que sea su procedencia, y que en atención á lo dispuesto acerca de la vigencia de la ley Hipotecaria en los artículos 608 y 1.880 del Código, ha de resultar el contrasentido de que sea enajenable el usufructo que no pueda, según el art. 108 de la ley Hipotecaria, servir siquiera para constituir hipoteca sobre aquel llamado derecho al percibo de los frutos.

Véase, pues, cuántas contradicciones entre los mismos textos legales, además de las anteriormente indicadas respecto á los principios jurídicos; y todo, según hacía ob-

servar, para dar impulso (y por supuesto, siempre en perjuicio de otro derecho, el que al dueño corresponde) á una institución cuyo movimiento, para servir de base á relaciones jurídicas de enajenación ó de gravamen, ha de ser de escasísimo interés práctico cuando á las eventualidades inherentes á la duración del usufructo se agregan las contingencias derivadas de las complicaciones en que resulta colocado el usufructuario con el dueño, y de la misma confusión, por no decir falta de criterio, que el propio legislador revela en el régimen de esta institución.

Artículo 481. — Ni una palabra tendría que exponer acerca de la doctrina del presente artículo, si el Código no hubiese incurrido en la omisión de lo que corresponda hacer cuando deje de verificarse la restitución de la cosa usufructuada.

El Código ha fijado tan sólo su atención en la manera de salvar el perjuicio proveniente del deterioro de la cosa, pero no se ha fijado en la manera de salvar las consecuencias de la falta de su restitución.

No sería ciertamente esta falta verdadera omisión, si al menos hubiera tratado de ello al ocuparse, en el art. 522, de la entrega que ha de hacerse al dueño de la cosa usufructuada á la terminación del usufructo.

Se dirá que para esto tiene el propietario las acciones consiguientes al dominio; pero es sabido también que la intensidad, por decirlo así, de estas acciones tiene su contrapeso jurídico en concretar su eficacia á la mera readquisición de la cosa perseguida. Se dirá, igualmente, que ya del usufructuario ó sus causahabientes podrá asimismo el dueño obtener indemnización por el incumplimiento de la obligación de restituir la cosa usufructuada; pero no es menos cierto que, aun admitiendo el principio, su aplicación en estos casos había de dar origen á multitud de cuestiones, tanto con relación al tiempo según el cual debiera fijarse la estimación debida, como con rela-

ción también á las circunstancias especiales por las cuales cese en el usufructuario la obligación de restituir, y no menos con relación asimismo á los derechos y á los deberes del dueño que hubiese sido indemnizado, ya para perseguir la cosa, ya para no enriquecerse en daño del usufructuario si llegara á conseguirla.

Puntos son estos á los cuales se refieren los párrafos 2.° y 3.° del art. 1.334 del Proyecto, que vienen á ser como una adición, á mi juicio necesaria, por las consideraciones someramente indicadas acerca de lo prevenido por el Código en el mencionado art. 481.

Artículo 482.—Trátase en este artículo del usufructo de las cosas fungibles, que son, como su mismo nombre revela, aquellas cuya respectiva naturaleza opone un obstáculo insuperable á la condición esencial del usufructo relativa á la conservación de la forma y substancia de la cosa fructuaria.

Problema importante fué aun entre los romanos, que dió lugar al llamado *cuasi usufructo*, sobre si la institución del usufructo era ó no posible tratándose de cosas cuyo uso implica su respectivo consumo.

Largas y empeñadas fueron las discusiones, lo cual no tiene nada de particular, porque puede decirse que en ellas se prescindía de dos elementos importantisimos, á saber: de si la propiedad es posible sobre las cosas esencialmente genéricas, y en qué condiciones ha de ser determinada y qué límites precisos puede señalar el derecho respecto al uso de las cosas, para que quepa afirmar que éste no pueda realizarse sin el consumo de las mismas.

Este último punto, sin embargo, no dejó de ocupar á los contendientes en dicha discusión, y puede decirse que sirvió de base para la calificación de los bienes estimados fungibles, ya que al fin la consideración de tales, á pesar de la indeterminación en cuanto al uso, lo mismo en

aquel derecho que en las legislaciones posteriores, se ha fijado en la desaparición necesaria ó el consumo de las cosas.

Ya antes de ahora he manifestado que el carácter fungible ó no fungible de las cosas no depende de que se consuman más ó menos ó absolutamente por el uso, sino de la manera como prestan su utilidad natural en las relaciones jurídicas en que intervienen como objeto (artículo 1.102 del Proyecto).

Lo esencial para el derecho no consiste en clasificar de esta suerte á las cosas, sino en su calificación; y como esta última es posible, según revelan al efecto los artículos 1.103 y siguientes del mismo Proyecto, será siempre un concepto aventurado, por no decir peligroso, para las relaciones jurídicas, prescindir como prescinde el Código de la determinación ó calificación precisa de las cosas fungibles, para hacer descansar el valor de esta materia jurídica en la circunstancia de la imposibilidad del uso sin el consumo, que es de todo punto indeterminada é incierta, dadas las distintas manifestaciones que el uso puede tener, la variedad de formas que el consumo puede revestir y las diversas causas que con uso ó sin él pueden dar lugar á la desaparición ó destrucción de la cosa.

No es este el momento de tratar de estos particulares que dejo someramente indicados. Admitiendo, siquiera en hipótesis, la posible determinación de cosas que no se puedan usar sin consumirlas, cosas que son precisamente aquellas á que hace referencia el art. 482 del Código, lo indispensable, para la institución del usufructo, queda meramente reducido á si deben admitirse como objeto de esta institución, y cómo debe realizarse el derecho que por la misma se origina.

Nada debo exponer respecto á la posibilidad de admitir el usufructo. Ni es cuestión para el Código, cuando francamente lo admite, ni tampoco para mí, que lo he acep-

tado en mi Proyecto; siendo, por lo mismo, innecesario discurrir sobre la identidad ó diversidad que pueda haber en lo referente á los motivos de semejante admisión. Y hago esta salvedad, porque no acierto á comprender los reparos que el Código puede haber tenido para no calificar de una manera franca en esta clase de cosas la situación del usufructuario respecto á las mismas, dando lugar á que los comentaristas anden divagando sobre si el usufructo de cosas fungibles equivale ó no á un préstamo entre el dueño y el usufructuario, ó á si el usufructuario se hace ó no dueño perfecto de la cosa usufructuada, y en qué condiciones especiales debe formalizarse semejante clase de usufructo, según se estime como verdadera transferencia ó simple dejación ó préstamo de la cosa.

Es verdaderamente inexplicable que, sacrificando la precisión necesaria en todo precepto legal, no se haya optado por reconocer francamente la transferencia que el usufructo lleva consigo en las referidas cosas, cuando sin distingo alguno se establece la obligación del usufructuario de pagar el importe del avalúo de la cosa, ó de restituirlo en igual cantidad y calidad al terminar el usufructo.

Los redactores del Código, por lo visto, procedieron con gran timidez, estimando, sin duda, como verdadera anomalía que el usufructo se cimentara en una manifiesta transferencia.

No les arredra, al parecer, la necesidad de reconocerla en sus efectos; pero les asustó, probablemente, declararla de una manera terminante.

Aunque esto revela, desde luego, la circunstancia á que antes me refería, de no haberse propuesto el problema relativo á la manera como cabe reconocer como objeto de propiedad á las cosas esencialmente genéricas, y de consiguiente al modo indispensable de fijar su apropiación, según se deduce de la doctrina contenida en los artícu-

los 1.082; 1.083, 1.086, 1.106 y 1.107 de mi Proyecto, es indudable que los redactores del Código se vieron perplejos ante la necesidad, derivada de la naturaleza misma de las cosas, de reconocer un usufructo que, en lugar de coexistir en la cosa con el derecho del dueño, fuera, por el contrario, excluyente de todo derecho de éste sobre la cosa.

Si al fin, como revela el mismo Código, era forzoso reconocer la transferencia en los efectos de semejante usufructo, ¿á qué viene emplear términos que no sólo se prestan á dudas y á cuestiones, sino que parecen indicar que el legislador no admite la transmisión que la realidad le impone? ¿A qué establecer, por el art. 482, que el usufructuario tendrá *derecho á servirse* de las cosas fungibles, sin declarar explícitamente que éstas quedan de su propiedad, si bien con las obligaciones á que hace referencia el resto del contenido del mencionado precepto?

No hay que olvidar, en este punto, que cualquiera obligación que alcance al usufructuario de las indicadas en el citado art. 482 del Código, su eficacia y, por mejor decir, su oportuno cumplimiento es de realización enteramente independiente de la cosa cuyo usufructo las motiva.

Esta misma independencia demuestra de un modo evidente que entre el dueño y la cosa concedida en usufructo se trunca por completo toda relación jurídica, cesando en su consecuencia la propiedad de aquél y la sumisión de la cosa, para traducir los efectos de tan singular usufructo en la esfera de los derechos personales entre el dueño y el usufructuario; situación que, por lo que á la cosa usufructuada se refiere, es fuente del dominio que sobre la misma consigue el usufructuario, quien lejos de estar limitado á servirse de la cosa, como expresa el art. 482, adquiere en realidad la facultad de disponer de ella y aun de perseguirla, que son caracteres inherentes al dominio y que, por los términos del mencionado artículo del Có-

digo, parecen excluídos de las facultades que al usufructuario corresponden.

Por esto en el párrafo 2.° del art. 1.314 del Proyecto he procurado definir, en el terreno de la realidad jurídica, la verdadera situación que se origina por el usufructo de las cosas esencialmente genéricas ó fungibles.

El derecho á obtener su usufructo sólo es eficaz como título para la adquisición de su dominio, el cual llega, como es natural, á completarse cuando al referido título acompaña el modo necesario por el que el dueño entrega las cosas en poder del usufructuario.

Las garantías, cualquiera que sea su naturaleza, así como su alcance, y por tanto las condiciones relativas á la estimación de las cosas que el usufructuario adquiere, se desenvuelven, de la misma manera que hacía notar antes respecto á los derechos del dueño, en una esfera enteramente distinta de la peculiar á la propiedad ó posesión jurídica de la cosa concedida en usufructo; y de consiguiente, si ésta queda en poder del usufructuario, con independencia de sus obligaciones y de los derechos que al dueño han de corresponder, es notoria la necesidad de reformar lo dispuesto por el Código en el sentido que consigna el párrafo 2.° del art. 1.314 del Proyecto, en lugar de establecer, según el art. 482 del Código, que la utilidad del usufructo se limite á obtener únicamente el servicio de la cosa.

Por lo demás, las pequeñas modificaciones que acerca de las obligaciones del usufructuario resultan entre el citado artículo del Código y el 1.335 del Proyecto, tienen por objeto, según su simple lectura revela, fijar de un modo más preciso la manera como en su caso puede conseguirse la eficacia inmediata de dichas obligaciones.

Artículos 483, 484 y 485.—Lo mismo he de decir respecto al contenido de estos artículos, que corresponden al 1.336, 1.337 y 1.338 del Proyecto.

La única variante que en estos últimos se observa consiste en fijar como cosa perteneciente al usufructuario, para que no pueda entenderse sujeto á restitución el aprovechamiento que autoriza el art. 483 del Código, y en comprender, para evitar dudas acerca de lo dispuesto en el art. 485 del mismo, entre los aprovechamientos á que éste hace referencia el de la corteza ó capa exterior de los árboles que, como es sabido, tiene en las dehesas y montes dedicados á la producción del corcho importancia capital, como fruto ó producto de los mismos.

Artículo 486.—Sin precedentes legales ni aun en el proyecto del Código de 1851, ni el de 1882, nuestro Código civil ha introducido, por este artículo, la singularísima innovación de reputar á las acciones materia de usufructo.

Esta sola circunstancia parece dar á entender que los redactores del Código sólo consideraban como bienes susceptibles de ser constituídos en usufructo aquellos de que se esté en posesión, toda vez que la pertenencia de los mismos, representada por el derecho en que dicha pertenencia consista y por la acción correspondiente para hacerlo efectivo, la reputa, no sólo cosa distinta de los mismos bienes, sino diversa también entre el derecho y la acción, para venir en último término á considerar que en ésta, y no en las cosas á que la misma se refiera, se circunscribe el derecho de propiedad y se concreta, por tanto, así el derecho del dueño como el del usufructuario; en una palabra, el dominio y el usufructo.

Parece imposible que siquiera la anomalía que resulta meramente en el lenguaje no llamara la atención de los redactores del Código, para comprender, al menos, que es cosa que se resiste, aun para su expresión, hablar del *dominio de la acción* y del *usufructo de la acción.*

El dominio sobre las cosas podrá ser fundamento ó título para el ejercicio de las acciones, pero no existe ni

puede existir el dominio de estas últimas. Y lo que ocurre con el dominio, ocurre también con el usufructo.

Sería curioso, una vez declarado por el Código (artículo 480) enajenable el derecho de usufructo, que el usufructuario de una acción pudiera enajenar, hipotecar y arrendar el usufructo de la acción; en una palabra, hacer cuanto el usufructo lleva consigo sobre las cosas materiales en que está constituído.

Pero en vista de lo extraño y, sobre todo, de las complicaciones que necesariamente habrían de resultar de estas múltiples operaciones que llegaran á realizarse con el llamado usufructo de alguna acción, me he detenido á meditar acerca de cuál haya sido el proceso intelectual ó jurídico que haya conducido á los redactores del Código á consignar un precepto semejante.

No acertando á descubrir la facultad de dejar en usufructo las cosas de que no se esté en posesión, creyeron, sin duda, que el derecho sobre las cosas no poseídas no entra en la categoría de los bienes de la persona que lo tiene; que semejantes cosas, por tanto, no son verdaderas pertenencias de la misma y que, en último término, era indispensable objetivarlas por medio de la acción que quepa ejercitar para su reclamación.

El error en este punto, como lo revelan claramente estas últimas indicaciones, ha consistido en sustituir las cosas y los derechos en que consistan los bienes de una persona, por las acciones indispensables para conseguir la cosa ó hacer efectivo el derecho.

Sólo la circunstancia de que semejante sustitución no reconociera precedente en una legislación tan antigua como la nuestra ni en las legislaciones extranjeras, con ser tantas las que en lo que va de siglo han formulado sus reglas para la codificación, debía haber hecho comprender al legislador español que lo que se proponía era completamente innecesario, y que además podía resultar verda-

deramente peligroso, dando á entender que en el orden de las utilidades jurídicas, ó sea en la esfera de los objetos de derecho, ni la acción es el derecho ni el derecho es la cosa, y que no pueden, por lo mismo, ser objeto de relación establecida por una persona las cosas que no tenga en su respectiva posesión.

Pero cuando no bastara el ejemplo de nuestra antigua legislación y el de las legislaciones extranjeras, para apartar del legislador español toda idea acerca de la necesidad de la sustitución á que acabo de referirme, habría sido de seguro suficiente á impedirla la sencilla consideración de la independencia jurídica que existe entre la propiedad y la posesión, y de la posibilidad manifiesta, en virtud de dicha independencia, de que la propiedad se conserve aunque la posesión no se tenga.

Desgraciadamente ya he tenido, antes de ahora, que llamar la atención acerca de la confusión que en el Código resulta, como en muchas legislaciones extranjeras, entre la propiedad y el dominio; y he aquí, con motivo del artículo de que me ocupo, otra de las consecuencias de semejante confusión.

Como sólo se ve la propiedad en el dominio, sin duda se habrá creído que sólo este derecho de propiedad podría existir independientemente de la posesión, sin fijarse en que, siendo como es al fin el dominio un derecho de propiedad, si él puede existir independientemente de la posesión, lo mismo ha de ocurrir á los demás derechos de propiedad, entre los cuales se halla el usufructo y los cuales, al igual del dominio, llevan consigo la consideración de bienes propios á las cosas sobre que recaen, que son, por lo mismo, verdaderas pertenencias de la persona á quien corresponde el derecho de propiedad sobre las mismas.

Á cualquiera se le ocurre que el dueño de una cosa de la que no esté en posesión, y de igual suerte el acreedor

hipotecario, cuando quieren disponer de la pertenencia que implica el dominio para el primero y la hipoteca para el segundo, no tienen que enajenar la acción reivindicatoria ó la acción hipotecaria, sino que lo que en tal caso han de enajenar ó comprometer es precisamente su dominio ó su hipoteca.

En cualquiera de estos derechos reales, expresivos de la propiedad plena ó de la propiedad imperfecta y representativos de la cosa sobre que recaen en los límites de su utilidad jurídica respectiva, se condensa la pertenencia de la persona, lo que, en una palabra, calificamos como bienes de la misma.

Mas como en el Código civil ni existe el concepto de bienes ni el de la apropiación, ni se contiene tampoco el concepto de la propiedad más que confundiéndolo con uno de sus especiales derechos, ó sea el dominio, no es extraño que sobrevenga verdaderamente perplejidad y de ella derive la referida sustitución de la cosa ó derecho por la acción, que se ve en el mencionado art. 486, siempre que es indispensable formular de algún modo la utilidad jurídica para precisar aquello en que ha de consistir el objeto ó materia de algún derecho, como en este caso el usufructo.

Si el Código, á semejanza del Proyecto, hubiera señalado la función del objeto en el orden del derecho, así como la misión que la propiedad desempeña con relación á las cosas útiles, por análogo modo al que la capacidad y la personalidad desempeñan respecto á los elementos activos, ó sea las personas; y si además hubiera tratado, como trata el Proyecto (título preliminar del lib. 4.°), de las relaciones jurídicas consideradas en general para presentar, por su mecanismo, la función que en ellas desempeña el *objeto,* el *derecho* y la *acción,* á buen seguro que ni se habría incurrido en el error de confundir la propiedad y el dominio, ni se habría caído en el de confundir la utili-

dad jurídica representada por el derecho con el medio de obtener en juicio la utilidad que el mismo representa.

Objeto en las relaciones jurídicas, señaladamente para todas las que á la propiedad se refieren, son las cosas ú objetos naturales susceptibles de apropiación; y no meramente por serlo, sino por la utilidad que de ellos puede obtener la persona, esto es, por la utilidad mediante la cual pueden servir de condición á los fines de la misma.

Esta utilidad natural, sin embargo, sólo funciona en el orden del derecho, revistiéndola de la naturaleza formal que el derecho necesariamente exige á todo elemento sobre el cual su esfera de acción se extiende.

Por esto las cosas ó utilidades naturales sólo pueden funcionar en el derecho convertidas en utilidades jurídicas; conversión que se realiza por medio de la propiedad y en cuyo concepto los bienes, caracterizados por las cosas, se califican por los llamados derechos de propiedad, uno de los cuales es precisamente el usufructo.

Esta relación entre la cosa y el derecho que por la propiedad se consigue, permite, según antes indicaba, que aunque no se tenga la posesión de las cosas, se tenga, sin embargo, la propiedad de las mismas, y que de ellas, en forma de utilidad jurídica, pueda disponerse dentro de los límites del derecho real que califique su respectiva pertenencia, aunque las mismas cosas se hallen en poder de persona diferente.

He aquí sencillamente indicada, por la economía ó el proceso jurídico necesario para fijar la utilidad de toda pertenencia ó de todo derecho de propiedad, la materia á que se refiere el art. 486 del Código, la cual permite que cuando se tiene el dominio de una cosa, aunque no se tenga su posesión, puede dejarse á la misma en usufructo sin necesidad de acudir al tortuoso camino á que acude el Código, suponiendo que en este caso no puede dejarse el usufructo de la cosa, sino simplemente el uso de la acción,

dando entrada á las acciones en el terreno de los objetos de derecho, donde, por lo que acabo de indicar, no pueden ser consideradas como tales.

Por esto, traduciendo el pensamiento del Código, que supongo habrá sido establecer por precepto positivo, á fin de evitar dudas y cuestiones, el derecho del usufructuario para poder reclamar las cosas que no tenga en su posesión aquel que instituye el usufructo, he consignado claramente este concepto en el art. 1.339 del Proyecto; por más que, como antes decía, según han reconocido tanto nuestra antigua legislación como los Códigos modernos, siendo como es el usufructo un derecho de propiedad, reporta como tal las acciones derivadas de la misma para perseguir y reclamar por si las cosas sobre que recae, á fin de utilizarlas en los límites á que se contrae el respectivo derecho real en que consiste el usufructo.

Era menester no olvidar, en este punto, ni lo que la acción significa en el orden de las relaciones jurídicas, ni el valor del usufructo en el orden del derecho de propiedad.

El Código no pudo, sin duda, acogerse á esta naturaleza peculiar del derecho de usufructo, por la indicada confusión en que incurrió entre la propiedad y el dominio. Tampoco pudo tener en cuenta el valor jurídico de la acción en el orden de las relaciones, porque, desgraciadamente, el Código ni siquiera se ocupa de la relación jurídica, ni por consiguiente, de sus distintos elementos y de las diversas formas que con ocasión de ella presenta la utilidad, según sea considerada antes de la relación, al determinarse y durante su subsistencia.

La *cosa,* el *derecho* y la *acción*, he aquí propiamente los términos en que la utilidad jurídica se presenta como expresión de un mismo elemento, la cosa, de cuya respectiva utilidad depende la eficacia de los dos restantes términos.

La utilidad natural de la cosa misma constituye el ob-

jeto posible de las relaciones; su intervención en ellas se realiza en forma de derecho que señala, por su virtud, los límites en que aquella utilidad natural puede ser aprovechada, mostrándola al efecto como utilidad propiamente jurídica, toda vez que, como es sabido y expresa claramente el cap. 3.°, título preliminar del lib. 4.° del Proyecto, es asimismo el derecho el medio por el cual se perpetúa la relación establecida, ó sea la expresión de la relación misma en su vida ulterior, que sólo cuando resulta perturbada reviste la forma de acción como medio de defender el derecho en el juicio correspondiente.

Mas como el Código no contiene enunciado alguno ni precepto siquiera que revele la naturaleza jurídica del derecho y de la acción como resultado de las relaciones jurídicas, y de consiguiente la función que uno y otra desempeñan respecto á la cosa de cuya utilidad viven todos estos elementos, no es extraño que, confundidos sin duda los redactores del Código en cuanto á todos estos particulares que se deslindan claramente en el Proyecto, y con el temor de que sólo el dueño sea el que pueda perseguir la propiedad de las cosas, y la creencia infundada de que éstas no constituyen verdadera pertenencia cuando aquél no tiene la posesión de las mismas, hayan entendido, según parece, revelar el artículo de que me ocupo, que la que tiene el dueño cuando no posee y aquello de que puede, por consiguiente disponer, no es la cosa ó los bienes de cuya utilidad depende todo derecho ó acción sobre los mismos, sino simplemente la acción para poderlos reclamar.

De otro modo, es bien seguro que nunca habrían hablado del usufructo de la acción, sino del usufructo de la cosa ó de los bienes sobre los cuales la acción haya de hacerse efectiva; pareciendo verdaderamente imposible que ni se hayan fijado en que basta ser dueño de una cosa para poder disponer de ella, aunque no se tenga su posesión, y

que es un notorio contrasentido que el que en semejante caso puede disponer de la cosa, si quiere establecer un usufructo, haya de hacerlo, no de la cosa, que al fin es lo que le pertenece, sino de la acción, que es solamente el medio para poderla reclamar.

De esta suerte ninguna confusión es menester provocar entre el derecho del dueño y el derecho del usufructuario. Nada tiene aquél que ceder á éste. El usufructuario, como persona asistida de un derecho de propiedad, tendrá por virtud de su usufructo las acciones que de éste deriven para reclamar la cosa fructuaria, del mismo modo que el dueño tiene también, por su derecho dominical, las suyas respectivas para pasar á su poder la cosa de su dominio, sin que en este deslinde de atribuciones entre el dueño y el usufructuario sea preciso que el primero confiera al último ninguna clase de representación, ni haya de prestarle otra cooperación que la relativa á la exhibición de títulos que se hallen en su poder, de un modo análogo al caso á que se refiere el art. 1.066 del Código y sin necesidad de otros medios que los que previene de un modo general la ley de Enjuiciamiento civil en sus artículos 497, 501, 602 y 603.

Artículos 487 y 488.—Acerca del primero de estos artículos, el 1.340 del Proyecto equivale, por decirlo así, á su reproducción; pero en cuanto al segundo de dichos artículos, ó sea el 488 del Código, no puedo menos de proponer la reforma á que se refiere el art. 1.341 del Proyecto, por la imposibilidad de aceptar en buenos principios jurídicos una doctrina al parecer tan sencilla como la de compensar al usufructuario los desperfectos de los bienes con las mejoras que en ellos hubiere hecho.

Dos puntos importantísimos quedan propiamente desatendidos por esta doctrina, á primera vista tan equitativa, admitida sin restricción alguna en el Código civil.

La extraordinaria latitud podría dar lugar á que el usu-

fructuario, fiado en las mejoras que intentase realizar ó hubiere realizado, desatendiese á las reparaciones, que constituyen, según el art. 500, una de sus obligaciones y mirase con entera indiferencia la que también tiene para conservar en su integridad la cosa usufructuada y no dar lugar á que se deteriore por su culpa ó su negligencia.

Como no puedo creer que el Código se haya propuesto autorizar al usufructuario para comprometer la conservación de la finca, en lo relativo á las obligaciones que le impone el mencionado artículo, y cuyo cumplimiento es tan necesario que se llega hasta autorizar al dueño para hacerlas por sí mismo y á costa del usufructuario, si éste no las realiza oportunamente; y como tampoco puedo creer que á pretexto de mejoras se trate de relevar al usufructuario de la responsabilidad derivada de su culpa ó negligencia, he considerado que el pensamiento del legislador en el art. 488 y el verdadero valor equitativo de la disposición que contiene, se referían á un momento determinado, ó sea á la conclusión del usufructo, como ocasión en la cual cabe hacer la compensación sin menoscabo de las prerrogativas del dueño para velar durante el usufructo por la conservación de la cosa en que tiene su dominio, y que el alcance de dicha compensación ha de limitarse á los desperfectos que en concepto de deterioro, procedentes del uso natural de las cosas, exijan las reparaciones ordinarias á que hace referencia el art. 500 del mismo Código.

En estas condiciones, ni la ley, por respeto á un principio equitativo, deja impune la culpa del usufructuario, ni priva ni limita tampoco, como no debe hacerlo, las facultades del dueño en lo referente á la conservación de sus bienes.

De la diligencia de este último en lo relativo al cumplimiento de las obligaciones á que se refiere el art. 500 dependerá el que sean mayores ó menores las reparaciones

ordinarias que queden por hacer al concluir el usufructo.

Sobre los desperfectos que las motivan cabrá, pues, hacer la compensación á que se refiere el art. 488 del Código; y fijado de esta suerte el alcance de su doctrina, para lo cual consigna las oportunas disposiciones el art. 1.341 del Proyecto, resultará, como creo haya sido el pensamiento del Código, que la aplicación de aquel principio equitativo tenga lugar únicamente en los términos en que no puede envolver una verdadera injusticia, en que no se alteran las relaciones entre el dueño y el usufructuario durante el usufructo, y no sirva de ocasión ó pretexto ni para que el último deje de cumplir oportunamente las obligaciones que le están impuestas, ni el dueño sufra menoscabo en las prerrogativas que le asisten.

Artículos 489 y 490.—Ninguna dificultad ofrece el primero de estos artículos, y por esto lo he reproducido en mi Proyecto; pero no he podido hacer lo mismo en lo referente al 490, por consideraciones idénticas á las anteriormente indicadas respecto á la vaguedad con que el Código presenta las facultades del usufructuario y, sobre todo, por la falta de determinación de la utilidad en que consiste el derecho real de usufructo.

Ya he expuesto antes de ahora que ni una palabra contiene el Código al tratar de los derechos del usufructuario respecto á la administración de la cosa concedida en usufructo; siendo tanto más extraño que no habiéndose ocupado de ello al tratar del usufructo constituído en la propiedad singular, lo haga, sin embargo, refiriéndose á aquél cuando está constituído sobre una parte de alguna cosa poseída en común.

El Código ha tratado de salvar, por este art. 490, la deficiencia que ya hice notar oportunamente al tratar de la propiedad común, cuando sobre alguna de sus participaciones se halla establecido algún derecho real distinto del dominio.

Y hago esta indicación, porque lo que ocurre en el usufructo, en el caso á que se refiere el art. 490, ha de ocurrir también, aunque siempre en los límites respectivos de cada derecho real, cuando sea alguno distinto del usufructo el que gravite sobre la cosa constituída en propiedad común.

Un principio análogo al establecido en el párrafo segundo del art. 1.259 del Proyecto habría bastado para dar solución á dicho caso posible, lo mismo tratándose del usufructo que tratándose de cualquier otro derecho real sobre alguna parte de cosa poseída en comunidad.

Verdad es que de igual manera en el Código, que ni regula el derecho de disfrute ni fija los límites precisos de la utilidad jurídica en que consiste el derecho real de usufructo, todavía habría sido indispensable salvar la materia referente á estos extremos, que en el Proyecto aparecen atendidos por los artículos 1 221 y siguientes y el párrafo segundo del art. 1.313, según expresa el art. 1.343, que corresponde al 490 del Código.

SECCIÓN TERCERA

De las obligaciones del usufructuario.

Artículo 491. — Este artículo constituye la base de las obligaciones que pesan sobre todo usufructuario.

Dos puntos son, principalmente, los que abarca esta materia, á saber: lo que el usufructuario tiene que restituir, y además las responsabilidades que toma á su cargo á consecuencia del modo como realice el disfrute de su derecho.

Lo primero interesa á la naturaleza misma del usufructo; porque aun cuando podría considerarse que la determinación de los bienes que comprende el usufructo es asunto interesante á la constitución ó establecimiento del mismo, es casi seguro que, en la mayor parte de los casos

de los usufructos voluntarios y siempre en los usufructos legales, la determinación de los bienes del usufructo, más que de su institución, dependerá de la posesión de los mismos por el usufructuario y, por tanto, del inventario que, al efecto de formalizar dicha posesión y consiguiente disfrute de los referidos bienes, se practique antes de entrar, como dice el Código y sostiene asimismo el Proyecto, en el goce de los mismos.

Como ya el Código, por los términos del núm. 1.° de este artículo, responde á los fines del inventario, que aun cuando principalmente se fijan en la determinación de los bienes usufructuados, miran á su vez á las responsabilidades del usufructuario, ya con motivo de la restitución, ya con ocasión de la forma ó modo en que deben ser restituídos, para lo cual expresa que los muebles se tasen y se haga descripción del estado de los inmuebles, nada he de exponer respecto de semejantes extremos, que reproduce el núm. 1.° del art. 1.344 del Proyecto, si bien completando dicha disposición del Código, al señalar que la formación del inventario sea á costa del usufructuario y exigir que la tasación no se limite á los bienes muebles, sino que se extienda también á los semovientes, por más que este último extremo resulte necesario, según el sistema de mi Proyecto, dada la disposición contenida en el artículo 1.101.

Lo más importante de la reforma que á mi juicio es necesaria, con ocasión del presente artículo, se refiere á su número 2.°

Trata éste de la prestación de fianza; y ya he tenido precisión de indicar en varias ocasiones, y muy especialmente al ocuparme de la tutela (art. 253 del Código), la impropiedad con que se emplea dicho concepto y aun su contradicción con las disposiciones reguladoras de la institución de la fianza.

Al fin en el art. 253 del Código, si no se evita semejante

impropiedad, se excusa, sin embargo, la referida contradicción declarando que la fianza debe ser hipotecaria ó pignoraticia, y sólo personal cuando fuese imposible constituir alguna de las anteriores.

Pero esta disposición, que salva, en cierto modo, los referidos inconvenientes tratándose del tutor, no tiene ni puede tener igual ventaja tratándose de la garantía del usufructo.

En lo relativo á esta institución, ni el Código consigna artículo alguno análogo al de la tutela, para calificar las condiciones de la que llama fianza, ni hace tampoco referencia á dicha disposición especial concerniente á la tutela, sino que se concreta á la designación de la fianza, que, según decía, por las disposiciones reguladoras de esta institución (señaladamente por su art. 1.823) es de naturaleza esencialmente personal y excluyente en su virtud de la hipoteca y la prenda.

No entiendo, sin embargo, que el propósito del legislador español haya sido hacer semejante exclusión, sin que sirva de excusa para este efecto considerar que la garantía hipotecaria y la pignoraticia deban estimarse, si cabe, como medios preferentes de llenar las exigencias del Código relativamente á la fianza; porque es sabido que en otras disposiciones, como sucede en el art. 494, donde se establece lo que puede pedir el dueño cuando el usufructuario no presta la fianza correspondiente, podría resultar que si el usufructuario no la daba por no disponer de fiador, aun cuando estuviese dispuesto á constituir hipoteca ó prenda, pudiera pretender el dueño con entera independencia de estas últimas la aplicación de las disposiciones que dicho artículo consigna á su favor para el caso en que no se dé ó preste la fianza correspondiente.

Por esto decía que, además de la contradicción que resulta con el contrato de fianza, hay principalmente impropiedad, porque no puedo menos de entender que, aunque

el Código no haya tratado de reproducir para el usufructuario el orden que establece para las garantías de la tutela, ha sido, sin embargo, su propósito admitir aquellas distintas clases de garantía, por más de que impropiamente las designe con el nombre común de fianza, que es precisamente el propio de una institución cuya naturaleza jurídica y cuyos preceptos reguladores, según el Código, excluyen, conforme antes indicaba, la llamada hipotecaria y pignoraticia.

Así, pues, para mayor exactitud, y á semejanza de lo hecho en el art. 698 al ocuparme de la tutela, he establecido la necesidad de prestar garantía, en vez de fianza como dice el Código, señalando además las clases en que puede aquélla consistir, y sobre todo completando, como entiendo que es necesario, lo dispuesto en el artículo del Código de que me estoy ocupando, en lo relativo al objeto de dicha prestación, que parece reducirse, según el Código, al de las obligaciones que correspondan al usufructuario con arreglo á la misma sección en que viene comprendido el citado art. 491.

He aquí el punto más importante de estas observaciones en lo referente al mencionado artículo.

Las demás pueden ser consideradas como un complemento útil ó como una aclaración conveniente para evitar las cuestiones ó litigios que la deficiencia ó impropiedad del Código puede producir en su aplicación.

Pero lo relativo al objeto de la garantía exige una reforma absolutamente necesaria. Por desgracia, lo dispuesto en el Código acerca de esta materia es perfectamente claro.

Esta misma claridad ha de ser un obstáculo para que, ni aun á título de interpretación, quepa extender la garantía á las obligaciones no comprendidas en la presente sección; y por más que tal vez haya motivado este error la circunstancia de que la restitución de la cosa debida por el

dad jurídica representada por el derecho con el medio de obtener en juicio la utilidad que el mismo representa.

Objeto en las relaciones jurídicas, señaladamente para todas las que á la propiedad se refieren, son las cosas ú objetos naturales susceptibles de apropiación; y no meramente por serlo, sino por la utilidad que de ellos puede obtener la persona, esto es, por la utilidad mediante la cual pueden servir de condición á los fines de la misma.

Esta utilidad natural, sin embargo, sólo funciona en el orden del derecho, revistiéndola de la naturaleza formal que el derecho necesariamente exige á todo elemento sobre el cual su esfera de acción se extiende.

Por esto las cosas ó utilidades naturales sólo pueden funcionar en el derecho convertidas en utilidades jurídicas; conversión que se realiza por medio de la propiedad y en cuyo concepto los bienes, caracterizados por las cosas, se califican por los llamados derechos de propiedad, uno de los cuales es precisamente el usufructo.

Esta relación entre la cosa y el derecho que por la propiedad se consigue, permite, según antes indicaba, que aunque no se tenga la posesión de las cosas, se tenga, sin embargo, la propiedad de las mismas, y que de ellas, en forma de utilidad jurídica, pueda disponerse dentro de los límites del derecho real que califique su respectiva pertenencia, aunque las mismas cosas se hallen en poder de persona diferente.

He aquí sencillamente indicada, por la economía ó el proceso jurídico necesario para fijar la utilidad de toda pertenencia ó de todo derecho de propiedad, la materia á que se refiere el art. 486 del Código, la cual permite que cuando se tiene el dominio de una cosa, aunque no se tenga su posesión, puede dejarse á la misma en usufructo sin necesidad de acudir al tortuoso camino á que acude el Código, suponiendo que en este caso no puede dejarse el usufructo de la cosa, sino simplemente el uso de la acción,

dando entrada á las acciones en el terreno de los objetos de derecho, donde, por lo que acabo de indicar, no pueden ser consideradas como tales.

Por esto, traduciendo el pensamiento del Código, que supongo habrá sido establecer por precepto positivo, á fin de evitar dudas y cuestiones, el derecho del usufructuario para poder reclamar las cosas que no tenga en su posesión aquel que instituye el usufructo, he consignado claramente este concepto en el art. 1.339 del Proyecto; por más que, como antes decía, según han reconocido tanto nuestra antigua legislación como los Códigos modernos, siendo como es el usufructo un derecho de propiedad, reporta como tal las acciones derivadas de la misma para perseguir y reclamar por si las cosas sobre que recae, á fin de utilizarlas en los límites á que se contrae el respectivo derecho real en que consiste el usufructo.

Era menester no olvidar, en este punto, ni lo que la acción significa en el orden de las relaciones jurídicas, ni el valor del usufructo en el orden del derecho de propiedad.

El Código no pudo, sin duda, acogerse á esta naturaleza peculiar del derecho de usufructo, por la indicada confusión en que incurrió entre la propiedad y el dominio. Tampoco pudo tener en cuenta el valor jurídico de la acción en el orden de las relaciones, porque, desgraciadamente, el Código ni siquiera se ocupa de la relación jurídica, ni por consiguiente, de sus distintos elementos y de las diversas formas que con ocasión de ella presenta la utilidad, según sea considerada antes de la relación, al determinarse y durante su subsistencia.

La *cosa,* el *derecho* y la *acción*, he aquí propiamente los términos en que la utilidad jurídica se presenta como expresión de un mismo elemento, la cosa, de cuya respectiva utilidad depende la eficacia de los dos restantes términos.

La utilidad natural de la cosa misma constituye el ob-

dad jurídica representada por el derecho con el medio de obtener en juicio la utilidad que el mismo representa.

Objeto en las relaciones jurídicas, señaladamente para todas las que á la propiedad se refieren, son las cosas ú objetos naturales susceptibles de apropiación; y no meramente por serlo, sino por la utilidad que de ellos puede obtener la persona, esto es, por la utilidad mediante la cual pueden servir de condición á los fines de la misma.

Esta utilidad natural, sin embargo, sólo funciona en el orden del derecho, revistiéndola de la naturaleza formal que el derecho necesariamente exige á todo elemento sobre el cual su esfera de acción se extiende.

Por esto las cosas ó utilidades naturales sólo pueden funcionar en el derecho convertidas en utilidades jurídicas; conversión que se realiza por medio de la propiedad y en cuyo concepto los bienes, caracterizados por las cosas, se califican por los llamados derechos de propiedad, uno de los cuales es precisamente el usufructo.

Esta relación entre la cosa y el derecho que por la propiedad se consigue, permite, según antes indicaba, que aunque no se tenga la posesión de las cosas, se tenga, sin embargo, la propiedad de las mismas, y que de ellas, en forma de utilidad jurídica, pueda disponerse dentro de los límites del derecho real que califique su respectiva pertenencia, aunque las mismas cosas se hallen en poder de persona diferente.

He aquí sencillamente indicada, por la economía ó el proceso jurídico necesario para fijar la utilidad de toda pertenencia ó de todo derecho de propiedad, la materia á que se refiere el art. 486 del Código, la cual permite que cuando se tiene el dominio de una cosa, aunque no se tenga su posesión, puede dejarse á la misma en usufructo sin necesidad de acudir al tortuoso camino á que acude el Código, suponiendo que en este caso no puede dejarse el usufructo de la cosa, sino simplemente el uso de la acción,

dando entrada á las acciones en el terreno de los objetos de derecho, donde, por lo que acabo de indicar, no pueden ser consideradas como tales.

Por esto, traduciendo el pensamiento del Código, que supongo habrá sido establecer por precepto positivo, á fin de evitar dudas y cuestiones, el derecho del usufructuario para poder reclamar las cosas que no tenga en su posesión aquel que instituye el usufructo, he consignado claramente este concepto en el art. 1.339 del Proyecto; por más que, como antes decía, según han reconocido tanto nuestra antigua legislación como los Códigos modernos, siendo como es el usufructo un derecho de propiedad, reporta como tal las acciones derivadas de la misma para perseguir y reclamar por si las cosas sobre que recae, á fin de utilizarlas en los límites á que se contrae el respectivo derecho real en que consiste el usufructo.

Era menester no olvidar, en este punto, ni lo que la acción significa en el orden de las relaciones jurídicas, ni el valor del usufructo en el orden del derecho de propiedad.

El Código no pudo, sin duda, acogerse á esta naturaleza peculiar del derecho de usufructo, por la indicada confusión en que incurrió entre la propiedad y el dominio. Tampoco pudo tener en cuenta el valor jurídico de la acción en el orden de las relaciones, porque, desgraciadamente, el Código ni siquiera se ocupa de la relación jurídica, ni por consiguiente, de sus distintos elementos y de las diversas formas que con ocasión de ella presenta la utilidad, según sea considerada antes de la relación, al determinarse y durante su subsistencia.

La *cosa,* el *derecho* y la *acción*, he aquí propiamente los términos en que la utilidad jurídica se presenta como expresión de un mismo elemento, la cosa, de cuya respectiva utilidad depende la eficacia de los dos restantes términos.

La utilidad natural de la cosa misma constituye el ob-

de los bienes del usufructo, de que se ocupan, entre otros artículos, el 481, 482 y 522, comprendidos en la sección precedente y en la subsiguiente á aquella de que me estoy ocupando, se creyó quizás que no sería tanto el peligro de relevar al vendedor de semejante obligación de afianzar, toda vez que al fin no venía á ser atendido lo que al comprador más debía interesar, ó sea, la entrega y perfecta adquisición de los bienes en el momento de terminar el usufructo.

Pero si realmente la garantía ha de extenderse, como entiendo y previene el art. 1.344 del Proyecto, á la obligación de restituir, es preciso comprender que aun cuando al donatario pudiera privarle dicha falta de garantía de la seguridad de hacer efectiva su gratuita adquisición, en cambio al comprador la falta de aquella seguridad se traduce en una verdadera pérdida del precio ó de los bienes que haya dado en cambio de su respectiva adquisición.

No hay, pues, términos hábiles para equiparar al comprador y al donatario, como no hay lógica, según indicaba, en hacer en favor de la venta una excepción á lo prevenido respecto á los demás usufructos constituídos por voluntad; ni hay razón, en fin, para que, como decía con ocasión del artículo precedente, deba prescindirse en la garantía de las demás obligaciones que imponen al usufructuario otros artículos no comprendidos en la presente sección.

Mas si en lo referente á dicho primer caso de que el artículo 492 se ocupa cabe suplir por convención especial de los interesados el error ó la deficiencia de la ley, no sucede lo mismo respecto al 2.º, que trata de la exención relativa á los padres usufructuarios de los bienes de los hijos.

Esta sola enunciación revela, desde luego, la dificultad de saber á punto fijo cuál ha sido el propósito, ó qué ha querido decir el legislador.

¿Se trata del usufructo legal que á los padres corresponde sobre los bienes de los hijos constituídos bajo su patria potestad?

A buen seguro que, de haber sido este el propósito de la ley, lo habría expresado así; y cuando no sólo no lo consigna, sino que no hace distinción alguna respecto á la condición de los hijos, ni tampoco acerca de su edad y ni aun siquiera al título constitutivo de semejante usufructo, es visto que la exención de la ley lo mismo puede alcanzar á los usufructos voluntarios que á los usufructos legales, ya estén unos ú otros constituídos sobre bienes de hijos legítimos ó de hijos naturales é igualmente de cualquiera otra clase de hijos ilegítimos, ya sean mayores ó menores de edad, ya estén bajo la patria potestad ó fuera de ella, ya vivan ó hayan fallecido, ya proceda la institución del usufructo de los mismos hijos, ya sea procedente de algún pariente ó de un extraño.

Esta diversidad de situaciones á que se presta el enunciado de la ley, con independencia de las relaciones entre el usufructuario y el constituyente del usufructo, así como de la causa determinante del mismo, confiere á la exención establecida en favor de los padres, por el mero hecho de ser de sus hijos los bienes usufructuados, una situación jurídica propiamente infundada, cuando se observa que las últimas palabras del art. 492 hacen desaparecer la eficacia de semejante exención, y por cierto de una manera impropia, en los casos de que los padres contraigan segundo matrimonio.

Cuando al segundo matrimonio de los padres se atribuye un papel tan esencial en materia tan importante como es la prestación de garantía, tratándose del usufructo, parece á primera vista que el objeto legal de aquella exención se concreta á los padres legítimos y únicamente respecto de los bienes de los hijos de su primer matrimonio; situación en la que, aun aceptándola como

medio de explicar el interés que el Código atribuye al segundo matrimonio, para determinar la necesidad de la prestación de la garantía por parte de los padres usufructuarios, no dejaría de ofrecer también notorios inconvenientes desde el momento en que, como antes indicaba, ni ha de concretarse la exención á los bienes de los hijos menores, ni al usufructo consiguiente á la patria potestad; pudiendo decirse, por lo mismo, que cuando ni siquiera es posible determinar el propósito del legislador una concretándose á los bienes de hijos de un primer matrimonio, ó es indispensable hacer desaparecer la necesidad de la garantía si el padre contrae nuevas nupcias, ó es preciso consignar la referida necesidad, circunscribiendo á la vez la exención expresada al usufructo derivado de la patria potestad.

Aun así quedaría siempre para el Código una dificultad que sería necesario evitar haciendo referencia á cualquier ulterior matrimonio del padre en lugar de limitarlo al segundo matrimonio, y refiriéndose además únicamente á los bienes de los hijos legítimos constituídos en su patria potestad, porque es sabido que, según el Código, pueden estarlo también los hijos naturales, para quienes, respecto al asunto de que me ocupo, ninguna trascendencia debe atribuirse á los matrimonios de sus padres.

En este sentido se pronuncia el art. 1.345 del Proyecto, bien que haciendo referencia únicamente á los bienes de los hijos constituídos en patria potestad, porque ya antes de ahora he tenido ocasión de hacer observar que ésta no cabe, según mi Proyecto, más que sobre los hijos legítimos, que son aquellos respecto á los cuales los matrimonios de los padres pueden ser de gran trascendencia en todo lo relativo á la conservación ó á la pérdida de los bienes usufructuados.

Pero si respecto al segundo caso del art. 492 es difícil de averiguar qué es lo que ha querido decir el legislador,

y, por tanto, cuál es la aplicación que prácticamente debe darse á semejante precepto, respecto al tercer caso no es menos necesaria la reforma, aun cuando sea motivada por una causa diferente.

Hácese indispensable en el segundo caso para aclarar ó fijar el sentido del artículo; mas en el tercero es exigida para poner á dicho artículo del Código en armonía con la ley de Bases dictada para su redacción.

Y digo esto porque el art. 492 se refiere al cónyuge sobreviviente al hablar de la cuota hereditaria concedida por los artículos 834, 836 y 837.

Artículos son estos comprendidos en la sección destinada á tratar, según expresa, de los derechos del cónyuge viudo, y aunque este concepto general puede parecer suficiente para llenar en el Código la exigencia de la ley de Bases contenida en la 17, es lo cierto que perpetuándose como se perpetúa en la práctica lo declarado en favor del cónyuge viudo cuando ha dejado ya de serlo por su nuevo matrimonio, no puede menos de resultar insuficiente, por no decir opuesto á lo prevenido en dicha ley, lo que el Código establece en los referidos artículos.

El usufructo del cónyuge viudo ha venido á quedar equiparado á todos los demás usufructos. Y, sin embargo, lo prevenido acerca de este punto en la referida ley de Bases fué que se hiciera en la legislación castellana la innovación de un usufructo especial, según lo conceden las legislaciones forales, aunque variándolo en cuanto á la cuota, pero determinando los casos en que debía cesar.

He aquí uno de los puntos en que propiamente se cifra la referida especialidad; y no obstante ello, habría que convenir en que el Código se separó de la mencionada ley de Bases dejando de señalar caso alguno para que cesase dicho usufructo, lo mismo al ocuparse de la extinción de éste (art. 513 y siguientes) que al hacerlo de los derechos del cónyuge viudo (los referidos 834 y siguientes), ó

hay que reconocer que si el Código nada dijo, al parecer, fué porque implícitamente el derecho del cónyuge viudo lleva consigo la condición resolutoria que pone término al mismo y á la que hace referencia el núm. 2.° del art. 513, toda vez que asignándole la cuota hereditaria en usufructo por semejante condición de viudedad, ésta concluye cuando se celebra un nuevo matrimonio, que es precisamente el caso en que las legislaciones forales ponen término al usufructo vidual.

Ya en su lugar oportuno tendré necesidad de ocuparme de este asunto, acerca del cual entiendo que lo que realmente ocurrió en la redacción del Código fué haber olvidado, al tratar de la extinción del usufructo, lo que prevenía dicha base 17 ó, por mejor decir, haber olvidado, al tratar de su extinción, el nuevo usufructo que por el Código se establecía.

Con este motivo, no he podido menos de señalar en el Proyecto la reforma complementaria del art. 513, que se ocupa de la extinción del usufructo; y por esto, al tratar en el art. 1.345 del Proyecto de la materia á que hace referencia el art. 492 del Código, nada establezco respecto al nuevo matrimonio del cónyuge sobreviviente, porque éste ha de ser causa de verdadera extinción del usufructo en lugar de mero afianzamiento ó prestación de garantía.

Este último carácter es el que confiere al usufructo del cónyuge sobreviviente el mencionado art. 492, sin duda, como decía, por haberse apartado el Código de lo prevenido en la base 17 respecto al usufructo del cónyuge viudo. Entiendo, sin embargo, que la reforma se hace necesaria en el expresado sentido de dar á la ley de Bases su debido cumplimiento; y esto con tanto mayor motivo, cuanto que al fin, aun dentro del criterio del Código, opuesto al de la mencionada ley, sería también indispensable la reforma de lo prevenido en dicho art. 492 respecto al cónyuge sobreviviente, porque es realmente impropio

que las nuevas nupcias del viudo exijan el afianzamiento en el usufructo cuando se trate de segundo matrimonio y no en los casos de tercero ó ulterior matrimonio, ni tampoco en los casos de tener hijos ilegítimos; cuya circunstancia, aun sin nuevo matrimonio, ya el mismo Código la toma en consideración respecto á los bienes sujetos á reserva, bien que limitándola, según resulta del art. 980, á los casos en que el hijo ilegítimo sea natural reconocido ó declarado judicialmente como tal.

Ya decía á este propósito el Proyecto de 1851 (art. 814) que se tendría por segunda vez casado, para los efectos de la reserva, el viudo ó viuda que en este estado tuviera un hijo natural; declaración que vendría comprendida en el segundo matrimonio á que se refiere el art. 492 del Código, si éste la hubiese reproducido.

Mas no habiéndolo hecho así, sino imponiendo también la obligación de reservar al viudo ó viuda en quien concurran las referidas circunstancias, es evidente que respecto á las garantías del usufructo, para obtener en su caso la restitución de los bienes, existen los mismos motivos que relativamente á las reservas justifican la disposición del citado art. 980 y que, á mi juicio, no debería limitarse únicamente á los casos de filiación natural, sino que debería extenderse á toda filiación ilegítima (ya se dé á conocer por reconocimiento, ya por declaración judicial), porque es evidente que si el hijo natural constituye un peligro para la restitución de bienes á los hijos de primer matrimonio, no lo constituiría menos la existencia de cualquier otro hijo ilegítimo, aparte del escándalo que en cierto modo ampara el Código con dicha limitación á los hijos naturales, porque viene á resultar que así como pone un dique, declarando bienes reservables, á la libertad del padre para poder dejar dichos bienes al hijo natural, no lo pone para poderlos dejar á un hijo adulterino, incestuoso ó sacrílego, haciendo en este sentido de mejor con-

dición á los hijos ilegítimos de dañado y punible ayuntamiento y abriendo de par en par las puertas al libertinaje.

En este sentido, pues, si el segundo matrimonio del cónyuge sobreviviente ha de motivar, según el art. 492, la necesidad de prestar garantía en el usufructo, sería indispensable, como decía, que también se reformara dicho artículo extendiendo la referida necesidad á los casos en que se trate de cualquier otro matrimonio ó de filiación ilegítima reconocida ó judicialmente declarada; por más que entiendo, como antes dejé manifestado, que toda vez que es necesario reformar el mencionado artículo, se lleve á cabo su reforma procurando el debido cumplimiento á la ley de Bases respecto al usufructo vidual, para que el nuevo matrimonio ó la filiación ilegítima sean causa de verdadera extinción de este usufructo legal.

Artículo 493. — He aquí una disposición completamente atentatoria á la naturaleza jurídica del usufructo.

Como si la fianza y el inventario desempeñaran un mismo papel en esta institución, el art. 493 equipara aquellos dos elementos en lo relativo á la posibilidad de la dispensa á que este artículo hace referencia.

Entiendo, sin embargo, que independientemente de semejante dispensa, sobre lo cual, aun admitiéndola respecto al afianzamiento cuando sea condición del título constitutivo del usufructo, la reforma del artículo es por todo extremo indispensable en lo relativo á la formación del inventario.

¿Cómo cabe dispensar de esta obligación sin alterar por su base la naturaleza del usufructo que implica la conservación de los bienes, el mantenimiento de su substancia y de su forma y su íntegra restitución? ¿Cómo poder apreciar cualquiera de estas circunstancias que integran la institución del usufructo, caracterizando los derechos del dueño en sus relaciones con el usufructuario, si aquél ha de quedar entregado enteramente á merced de éste, no

pudiendo saber siquiera cuáles son los bienes objeto del usufructo?

Sólo se comprende que al Código haya pasado desapercibida una consecuencia tan importante en esta materia, por la circunstancia, ya indicada al ocuparme de los artículos 467 y 470, de rehuir el Código la determinación de las notas esenciales y características de esta institución, hasta el punto de no calificarla de verdadero derecho real; pues es notorio que mientras el usufructo lleve consigo la referida necesidad de conservar la cosa en su absoluta integridad para restituirla oportunamente, el inventario se impone, lo mismo como medio de caracterizar de un modo específico los bienes objeto de esta institución, cual conviene á toda cosa que es objeto de algún derecho de propiedad, que como medio necesario para hacer efectivas cuantas relaciones deriven del usufructo entre el dueño y el usufructuario, é igualmente para la determinación de las obligaciones de este último aun durante la subsistencia del usufructo.

La formación del inventario es de tal modo indispensable en esta institución, que sin ella el usufructuario vendría á quedar convertido en dueño, así como éste desposeído de sus atributos propios para verse precisado á recibir, en su día, lo que aquél tuviera á bien entregarle.

Semejante situación podrá dar origen á otra institución, pero no al usufructo. Y antes que reconocer la existencia de éste sin base jurídica arreglada á los principios que lo informan, no he podido menos de estimar como un imposible jurídico toda dispensa ó relevación de la obligación de formar inventario, consignándolo al efecto en esta forma prohibitiva (art. 1.346 del Proyecto), de igual suerte que ya lo consignan algunos Códigos del extranjero (entre ellos el de la República Argentina), aunque no sea más que para evitar dudas cuando tan fácilmente se admite por nuestro Código la referida dispensa; por más que en

realidad ni aun debiera ser necesaria dicha prohibición, por ser, como decía, la obligación de que se trata condición inherente á la institución jurídica de que me ocupo.

De tal manera considera dicho Código Argentino el valor esencial de la formación de inventario, que terminantemente dispone "que aun cuando el testador hubiese dispensado al usufructuario la obligación de hacer inventario, y aunque hubiera dispuesto que si se le quiere obligar á formarlo, el legado de usufructo se convertiría en legado de plena propiedad de la cosa, tales cláusulas se tendrán por no puestas, cualquiera que sea la clase de herederos" (art. 44, cap. 2.°, tít. 10 del libro 3.°)

En Roma, lo mismo que en nuestra antigua legislación, la formación de inventario fué, sin necesidad de disposición expresa, estimada como condición inherente al usufructo, estableciendo prácticamente regla constante para su constitución, de igual suerte que ocurre en toda relación jurídica que lleva consigo la necesidad de restituir el objeto en que su utilidad consiste; pudiendo decirse, á buen seguro, que el legislador español, no sólo no se fijó en la trascendencia que lleva consigo la dispensa que autoriza, sino que no es fácil descubrir cómo pudo imaginar como fundamento de semejante dispensa el hecho ó la circunstancia de que por ella no resulte perjuicio para nadie, cuando precisamente para saber si existe ó no existe perjuicio es forzoso, ante todo, saber por su descripción ó inventario cuáles son los bienes con ocasión de los cuales pueda el daño ó menoscabo resultar.

No hay que confundir lo que es inherente á la institución y lo que es solamente una garantía ó un elemento de seguridad, como ocurre respecto de la prestación de fianza.

En lo primero, ó sea en lo relativo á la formación de inventario, no hay ni cabe tratar de si resulta ó no perjuicio, sino sólo de si hay ó no usufructo.

El perjuicio puede ser aquilatado sólo en lo referente á la prestación de la fianza, en una palabra, acerca de las garantías debidas para hacer efectivos, en su caso, los derechos que del usufructo deriven; pues ya decía que la falta de inventario altera por su base el derecho mismo, privando de sus condiciones esenciales á la institución del usufructo.

Pero lo que además llama la atención respecto al artículo 493, es la forma indeterminada con que se autoriza la dispensa.

¿Qué ha querido decir el legislador español al consignar que el usufructuario podrá ser dispensado de las obligaciones á que hace referencia dicho artículo? ¿Se ha propuesto estatuir que sea el constituyente del usufructo quien deba otorgar la dispensa? ¿Ha tratado de referirse, por el contrario, al dueño de los bienes? ¿O ha considerado que debía generalizar semejante facultad al punto de erigirla en principio común al dueño, al constituyente y al mismo usufructuario, para que aun éste, á reserva de demostrar que no resulte perjuicio á nadie por la dispensa, pueda obtenerla judicialmente como en ejercicio de propio derecho contra la voluntad del constituyente y del dueño?

La vaguedad del artículo permite creerlo así, y no faltan comentaristas que, como es natural, lo interpretan en semejante sentido. Pero séame permitido hacer observar que si la falta de inventario desnaturaliza el usufructo, la dispensa de la obligación de prestar garantía obtenida en forma judicial ha de ser siempre un elemento perturbador de semejante institución.

Sólo el pensar que el usufructuario, con razón ó sin ella, pero siempre bajo el pretexto de que no causa perjuicio á nadie la falta de garantía, puede obligar al constituyente del usufructo ó al dueño de los bienes á resolver este asunto en un litigio, es bastante á comprender la amenaza que envuelve el mencionado artículo contra los derechos del

dueño, ante la perspectiva de sufrir todas las contingencias y eventualidades de un pleito, si se niega á dispensar el cumplimiento de una obligación en que descansa la defensa de la integridad de su respectivo derecho.

La misma forma de la condición á que se subordina la dispensa, en una palabra, el hecho negativo de perjuicio para nadie, revela claramente que toda pretensión sobre este punto ha de cimentarse necesariamente en un pretexto, por la precisión de acudir á una prueba negativa que sólo cabe llamando á juicio á todos los que pueden interesarse en su oposición; y si á esto se agrega la especie de contradicción que resulta con lo establecido en el art. 470, para que el título constitutivo del usufructo sea la base de su régimen, habrá que convenir que aun este principio quedaría destruído si, á pesar del título constitutivo, pudiera en forma judicial obtenerse la referida dispensa.

Por esto también el art. 1.346 del Proyecto, aparte de la prohibición de dispensar la formación de inventario por las razones anteriormente indicadas, consigna además que sólo podrá relevarse de la obligación de prestar garantía por condición especial del título constitutivo del usufructo, con objeto de precisar con completa claridad que sólo el constituyente es el llamado á decidir si puede haber ó no perjuicio en la falta de garantía, ya que tanto el usufructuario como el dueño, en todo lo que no altere la naturaleza del derecho real, reciben del constituyente su respectivo derecho en las condiciones establecidas en el título constitutivo.

Artículo 494.— La justificación de este artículo al buscar un medio supletorio de concertar los derechos del usufructuario y del dueño, sobre la base de que el usufructo no se extinga por falta de prestación de garantía, y de que el dueño, sin embargo, pueda obtener seguridad para la eficacia de sus derechos respectivos, me excusa toda ob-

servación acerca del contenido de este artículo, que en principio viene á reproducir el 1.347 del Proyecto.

No deja, sin embargo, de existir alguna diferencia entre uno y otro. Pero aunque algunas de dichas distinciones son ciertamente de trascendencia notoria para los fines á que responde el art. 1.°, creo que su sola comparación ha de bastar para que se vea desde luego cuáles son los puntos, más bien de aplicación que de principios, en que entiendo que, á modo de complemento ó aclaración de la doctrina de dicho art. 494 del Código, debe verificarse su modificación ó reforma; pues es sabido que estas observaciones no tienen carácter alguno de comentario, y sí sólo de exposición de las causas ó motivos que, á mi juicio, reclaman la revisión del Código.

Artículo 495.—Tampoco he de detenerme mucho acerca de este artículo. Sólo he estimado necesario reformarle en el sentido de que el usufructuario por derecho propio, y no por concesión judicial, aun cuando no haya prestado garantía, pueda obtener habitación para él y su familia entre los bienes del usufructo, así como que, independientemente de la prestación ó falta de prestación de garantía, pueda también el dueño conservar los muebles de verdadero mérito artístico ó que tengan para él precio de afección.

A lo primero corresponde el párrafo 3.° del art. 1.348 del Proyecto, así como para lo segundo he creído que debía formarse artículo aparte, aunque sea informándolo en la misma doctrina que preside en el último párrafo del artículo 495 del Código, porque su inclusión en éste parece limitar la referida facultad del dueño al caso en que se trate de un usufructo en que no se haya prestado fianza siendo así que, como indicaba, los motivos de semejante facultad y los medios de hacerla efectiva, sin daño del usufructuario, concurren de igual manera, háyase ó no prestado la correspondiente garantía.

Por lo demás, la necesidad de reconocerse en el usufructuario el derecho de obtener habitación entre los bienes del usufructo, aunque no hubiese prestado fianza, paréceme tan incuestionable, que sólo ha de bastar su enunciado para estimar desde luego su justificación, toda vez que otra cosa, según resulta del art. 495 del Código, equivale á suponer, contra lo prevenido expresamente en el número 2.° del art. 491, que la fianza ha de alcanzar á la restitución de los bienes, aun en el caso en que éstos sean inmuebles, lo cual es notoriamente innecesario, tanto por su naturaleza como por la misión especial del Registro de la propiedad, y á negar además un verdadero derecho del usufructuario, contradiciendo asimismo la doctrina del art. 494, que, como antes indicaba, lejos de pronunciarse por la extinción del usufructo en el caso en que no se preste garantía, sólo reserva para las consecuencias de esta falta las precauciones restitutorias que consigna dicho precepto, y que, por lo que á los inmuebles se refiere, han de resultar plenamente innecesarias.

Por esto, á fin de evitar toda clase de dudas en este punto, supliendo cuanto deja de consignar á este propósito el citado art. 491, establece el 1.344 del Proyecto, no sólo cuál deba ser el alcance de la garantía que corresponda, sino también la innecesidad de comprender el valor de los bienes inmuebles, cuya seguridad restitutoria descansa en su propia naturaleza.

Artículo 496. — Este artículo adolece del defecto de no corresponder su redacción con exactitud al pensamiento del legislador. A buen seguro que lo que quiere decir el artículo 496 del Código es lo que expresa claramente el artículo 1.350 del Proyecto.

De otro modo, el artículo necesitaría verdadera censura y completa reforma, porque no es posible comprender que el usufructuario no tenga derecho á todos los productos del usufructo hasta después de la prestación de la

fianza, aunque semejante derecho haya de retrotraerse al día en que comience el usufructo; ni tampoco que semejante derecho se determine por la debida prestación de garantía, lo cual implicaría, en realidad, la extinción del usufructo, ó por mejor decir, del derecho á los productos, cuando el usufructuario no verificase la referida prestación.

Y no basta decir que para este último caso ya contiene el Código disposición especial en el párrafo 2.° del artículo 494, cuya doctrina es contradictoria de la que resulta, según su redacción, en el art. 496, porque no puede menos de observarse que lo dispuesto en el art. 494, si bien se refiere al caso en que el usufructuario no preste fianza, también se refiere á aquel en que, por semejante motivo, exija el dueño la gestión propia y las consignaciones ó transformaciones á que dicho artículo hace referencia; y nada establece, por tanto, para el caso en que, aun sin prestación de fianza, el propietario no hiciese uso del derecho que el mismo artículo le reconoce.

En este punto la confusión del Código es tan manifiesta como la que me vi precisado á hacer notar al ocuparme, con ocasión de los artículos 467 y 470, de la falta de criterio del Código acerca de la naturaleza jurídica de la institución del usufructo.

¿Qué tiene que ver la prestación de la fianza, con el derecho á los productos que corresponde al usufructuario?

Mientras la falta de prestación de la fianza no lleve consigo la extinción del usufructo, no puede menos de reconocerse que el derecho del usufructuario á todos los productos es verdaderamente eficaz desde que el usufructo existe.

En este asunto es menester no olvidar que el derecho á los productos no es lo mismo que la posesión de las cosas llamadas á producirlos.

La prestación de la fianza, principalmente necesaria

para la restitución, se dirige, ante todo, á constituir una precaución respecto á la posesión de los bienes á que tiene derecho el usufructuario. Pero desde el momento en que el Código reconoce, por el art. 494, que los bienes usufructuados pueden ser poseídos por persona distinta del usufructuario, sin menoscabo del usufructo, en lo relativo á la percepción de los productos de aquéllos; en una palabra, que el usufructo no debe cesar siempre que por cualquier circunstancia no pueda tener el usufructuario la posesión de los bienes, es visto que el derecho á los productos deriva inmediatamente de la existencia del usufructo y ha de ser ya, por consiguiente, eficaz, preste ó no el usufructuario la fianza correspondiente.

El art. 496, recordando, sin duda, precedentes que no son de nuestro derecho por no haberse reproducido los principios romanos, en este punto, en la legislación de Partida, se inspiró quizás en la ley XIII, tít. I. libro VII del Digesto, según la cual perdía los frutos, hasta que diese fianza, el usufructuario que no la daba pudiendo darla.

No discutiré el acierto que acerca de este particular pudiera tener la legislación romana. Por algo la legislación de Partida guarda sobre ello significativa reserva. Pero lo lamentable es que, aun cuando el Código haya tenido presente aquella doctrina y en cierto modo contradiciéndola, desde el momento que no se pronuncia por la pérdida de los frutos, sino que sólo difiere su percepción á la época en que la fianza se preste y sin distinguir, como aquel derecho, en si el usufructuario la puede ó no prestar, se consigne una declaración verdaderamente gratuita, como no sea para servir de pretexto á múltiples y complicados litigios, sobre todo respecto á los casos en que el usufructuario pereciese antes de la prestación de la garantía, cuando en realidad se ve que, á pesar de los términos del artículo y salvo la contradicción referida con el art. 494,

no es que el usufructuario carezca de derecho á los productos hasta después de la prestación de la fianza, cual si ésta fuese condición de que dependiese aquel derecho, sino que sólo se difiere el momento de percibir los que le correspondan, precisamente por tener el derecho que el artículo desconoce.

Respecto á este último particular entiendo que, aun reconocido el derecho del usufructuario á todos los productos con entera independencia á la prestación de fianza, para caracterizar á ésta principalmente como condición relativa á la posesión de los bienes, ninguna necesidad existe de diferir siquiera la percepción de los productos por el usufructuario, una vez consignado el precepto del artículo 494 del Código, á que corresponde el 1.347 del Proyecto, pues las facultades que al dueño conceden dichas disposiciones son sobradamente bastantes para que pueda evitar, si le conviene, que el usufructuario perciba los productos sin cumplir por su parte las obligaciones, cuyo cumplimiento está llamada á asegurar la fianza; ó lo que es lo mismo, que no pueda contar con los productos del usufructo para atender á dichas necesidades, si por no hacerlo el usufructuario se viese el dueño en el caso de llenarlas.

Artículos 497 y 498.—Lo raro del art. 498 es que el Código se haya mostrado tan diligente para señalar la responsabilidad del usufructuario por menoscabo que sufran las cosas usufructuadas á causa de la culpa ó negligencia de la persona que le sustituye en los casos de arrendamiento ó enajenación del usufructo, y nada haya establecido respecto á su responsabilidad por el menoscabo que sufran las cosas por culpa ó negligencia del mismo ó por la culpa ó negligencia de un tercero, cuando no se trate del arrendatario ó del adquirente.

Creo, sin embargo, que el silencio del Código es debido á la disposición del art. 497, suponiendo, y no sin razón,

aunque en la práctica quizás pueda suscitar verdaderas dificultades este silencio de la ley, que al declarar por dicho art. 497 que el usufructuario deba cuidar de las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia, implícitamente lleva consigo la eficacia de semejante precepto su responsabilidad por el menoscabo de las cosas á causa de su culpa ó negligencia.

¿Qué razón puede haber para la disposición que contiene el art. 498? ¿Es que el usufructuario sólo responde de la culpa ó negligencia de un tercero en los casos de enajenación ó de arrendamiento?

Nada he de decir en este lugar respecto á los casos de enajenación, pues ya he demostrado, con ocasión del artículo 480, con cuánto acierto estimaba, á mi juicio, nuestra antigua legislación la imposibilidad de enajenar el usufructo, y cuán necesario entiendo que es restablecer dicha prohibición, según se consigna en el art. 1.322 del Proyecto.

Pero respecto al arrendamiento, y sobre todo mientras el arrendatario posea, como corresponde, á nombre del dueño ó poseedor respectivo, no se ve claramente la necesidad del art. 498, siempre que, á su vez, se reconozca innecesario declarar la responsabilidad del usufructuario por los daños que sobrevengan á la cosa á causa de su culpa ó negligencia.

Si, por ejemplo, ni aun en el caso de depósito ó consignación que haga el usufructuario de las cosas del usufructo es preciso disposición especial para hacer responsable al usufructuario de la culpa ó negligencia del depositario, no veo por qué ha de serlo tratándose del arrendamiento.

Sea cualquiera el acto que verifique el usufructuario con las cosas de que esté en posesión, ya las utilice en forma de arrendamiento, ya las confíe en depósito ó las haga objeto ó materia del mandato, siempre el usufruc-

tuario ha de ser responsable de la culpa ó negligencia del tercero mientras sea responsable del acto en cuya virtud hayan pasado á poder de ese tercero.

Por esto entiendo que está demás el art. 498 si la responsabilidad del usufructuario, por culpa ó negligencia propia, es materia jurídica implícitamente comprendida en la declaración del art. 497, ó es menester consignar el precepto relativo á su responsabilidad, no sólo de un modo expreso, sino con la generalidad que corresponde para evitar que, por el hecho de ser conocido el autor del menoscabo y la responsabilidad que contra el mismo produzca el hecho de que se trate, no deje el usufructuario de tener á su vez la responsabilidad consiguiente en favor del dueño de la cosa, mientras por las circunstancias del caso sea su poseedor jurídico ó incurra en culpa ó negligencia por no dar á conocer al dueño, con la oportunidad debida, cualquier atentado que á su posesión se infiera, de acuerdo con lo que acerca de este último particular aparece ya prevenido en el art. 511 del mismo Código.

En este sentido y con dicha generalidad resulta, de consiguiente, informada por el art. 1.352 del Proyecto la doctrina del art. 498 del Código, prescindiendo de lo relativo á la enajenación del usufructo, que, como he dicho ya al tratar del art. 480 en su relación con el de que ahora me ocupo, está expresamente prohibida por el art. 1.322 del Proyecto.

Artículo 502. — Sólo dos observaciones me voy á permitir con ocasión de lo dispuesto en este artículo. Una meramente aclaratoria, respecto al párrafo 1.°; y otra de carácter complementario, acerca del párrafo 2.°

Relativamente á la primera entiendo que, siquiera en la forma que lo consigna el art. 1.356 del Proyecto, es conveniente hacer notar que el interés que el dueño tiene derecho á exigir por reparaciones extraordinarias, es precisamente el interés legal, mientras dure el usufructo, de

la cantidad invertida en dicha clase de obras; y no, como expresa el Código, el interés legal de la cantidad invertida en ellas mientras dure el usufructo; pues desde luego se ve que con esta pequeña corrección, por la que la duración del usufructo califica al interés legal y no á la cantidad invertida en reparaciones, queda perfectamente definido que el dueño no puede pretender interés legal después del usufructo; en una palabra, que la duración del usufructo es la determinante del tiempo en que se ha de pagar el referido interés.

La segunda, que ya no es una mera aclaración, sino verdadero complemento, se refiere á precisar el modo de evitar cuestiones entre el dueño y el usufructuario al tratar de definir el aumento de valor que haya obtenido una finca por reparaciones extraordinarias realizadas por el último.

Es preciso no olvidar que el derecho á obtener la indemnización ó reintegro de dicho aumento de valor sólo puede hacerse efectivo al concluirse el usufructo; que por lo mismo puede transcurrir mucho tiempo desde la época de las reparaciones y aquélla en que ha de conseguirse la indemnización por efecto de las mismas. Y como esta diversidad de circunstancias expone á las dificultades de precisar cuál sea el valor que haya de tomarse por tipo ó base para fijar el aumento á que el usufructuario tenga derecho, estimo que es indispensable escogitar un medio, si no parece suficiente el que propongo en el párrafo segundo de dicho art. 1.356 del Proyecto, para que, previa audiencia de los interesados, se fije, con anterioridad á las reparaciones, el verdadero valor de la finca, porque sólo entonces es cuando cabe que el valor de ésta pueda estimarse con independencia de las reparaciones y no tenga que fijarse el aumento por conjeturas y apreciaciones.

Después de todo, por otra parte, en nada se menoscaba el derecho del usufructuario para verificar tales obras.

Sólo se le exige la precaución de que, si quiere prepararse para utilizar en su caso su derecho á la indemnización, determine, de manera que sea eficaz, con el dueño el verdadero estado y apreciación de aquello sobre cuyo aumento únicamente dicha indemnización le puede en su día corresponder.

Artículo 503. - Como podrá observarse por el Proyecto que acompaño, éste no tiene referencia alguna al art. 503 del Código, que es, á mi juicio, una manifestación de la falta de criterio en que se informa en dicho cuerpo legal la institución del usufructo, puesto que desde luego se ve que equivale á una protesta contra el derecho del usufructuario á la posesión material exclusiva de la cosa.

¿Cómo ha de poder hacer el dueño las obras y mejoras de que sea susceptible la finca usufructuada, ni dirigir las plantaciones y, por tanto, la forma de realizar su producción, si los bienes usufructuados han de estar en poder del usufructuario y sobre él pesa la obligación de entregarlos al dueño concluído el usufructo, conforme al art. 522 del mismo Código? Es decir, ¿si es precisamente el usufructuario aquel á quien corresponde la posesión material de las cosas objeto del usufructo?

No es extraño que semejante disposición, tan confusa en cuanto á la posesión de los bienes subsistiendo el usufructo, carezca de precedente legal en nuestro derecho; y por más que esta sola circunstancia debía haber bastado para llamar la atención de los redactores del Código antes de pronunciarse por una innovación que tiene escasísimos precedentes en las legislaciones extranjeras, como no sea el Código portugués (art. 2.227) y el de la República Argentina (art. 2.912), bien podían haberse fijado en que aun dichos dos Códigos, amantes como el nuestro de franquear al dueño la facultad de realizar en las fincas del usufructo las obras á que se refiere el art. 503 de nuestro Código, procuraron salvar ante todo la trascen-

dencia de semejante facultad en el orden posesorio, ya estableciendo como obligación del usufructuario (el Código portugués) el permitir al dueño verificarlas, ya consignando (el Argentino) que el nudo propietario no pueda hacerlo contra la voluntad del usufructuario.

Cualquiera de estas formas, bien sea la de obtener el permiso del usufructuario ó la de contar con su voluntad, revelan claramente que la acción del dueño en las fincas del usufructo es realmente excluída aun por aquellas legislaciones que han intentado autorizarle para que mediante el acuerdo obligado ó voluntario del usufructuario, en quien debe radicar la posesión material, pueda practicar obras ó mejoras en los bienes usufructuados.

Es, pues, indispensable, aun en el caso en que se considere prudente admitir esta posibilidad, que lo dispuesto en el Código se reforme, siquiera no sea más que en el sentido de no disgregar entre el dueño y el usufructuario lo que á la posesión material de las cosas corresponde; porque, de otra suerte, es bien seguro que semejante facultad del dueño para proceder con independencia del usufructuario constituiría un peligro constante para el tranquilo disfrute de los derechos correspondientes á este último en todo lo concerniente á la administración de los bienes del usufructo.

Mas la reforma que á mi juicio es necesaria no consiste simplemente en salvar lo relativo á la posesión de los bienes dejando viva en el dueño la facultad de regir, sólo sea á título de mejorar ó para hacer nuevas plantaciones, los bienes usufructuados, sino en rechazar completamente toda situación ambigua, acerca de este particular, capaz de originar cuestiones entre el dueño y el usufructuario, verdaderamente perturbadoras del pacífico disfrute del derecho real de usufructo; lo cual, sin necesidad de disposición alguna y respetando la esencia de dicha institución para que los bienes se mantengan en su

substancia y en su forma hasta la terminación del usufructo, mientras no acuerden otra cosa el dueño y el usufructuario, deja á salvo, como es natural, toda iniciativa que, respecto á los extremos á que se refiere el art. 503 del Código, pueda tener el dueño cuando cuente con la voluntad del usufructuario.

La necesidad de contar con la voluntad de éste revela claramente que, para cuanto concierne á las relaciones del usufructo, no se hace necesaria disposición especial, y que, por tanto, puede suprimirse, como suprimo yo en mi Proyecto, lo prevenido en el art. 503 del Código.

Bien puede decirse, en este punto, que precisamente la condición á que se subordina la referida facultad del dueño revela la completa inutilidad de dicha disposición. Que por los actos del dueño no resulte disminuído el valor del usufructo ni se perjudique el derecho del usufructuario, es una fórmula tan vaga y tan ocasionada á cuestiones y litigios, que bien puede asegurarse que más que reconocer un derecho de verdadera utilidad para el dueño, sólo equivale á reconocer una situación que sirva de pretexto á la discordia entre el mismo y el usufructuario.

Reconocer al dueño la facultad de emplear capital en mejoras y plantaciones durante el usufructo, es tratar de favorecerle con una disposición verdaderamente inútil; y en cambio, reconocer su acción sin necesidad de acuerdo del usufructuario, para hacer materia de un juicio el ventilar si lo que se proponga hacer el dueño disminuye ó no el valor del usufructo y perjudica ó no al derecho del usufructuario, es arrancar á éste la prenda de seguridad que, para el uso tranquilo de su derecho, le otorgaba nuestra antigua legislación sobre materias que deben depender de su exclusiva voluntad.

Artículo 504.—A dos cosas se reducen las observaciones que sugiere la lectura de este artículo.

Ante todo corresponde fijar á que cargas y á qué bie-

nes se refieren las contribuciones de que hace mención.

Como no creo que el sentido de este artículo se salga de los límites en que lo fija el art. 1.357 del Proyecto, basta remitirnos á los términos de este último, porque no parece natural, y mucho menos legítimo, que sean de cuenta del usufructuario las cargas establecidas por el dueño con posterioridad á la constitución del usufructo, ni parece lógico tampoco que el artículo haga referencia á cargas y contribuciones distintas de las que pesen sobre los bienes usufructuados.

Por lo demás, no comprendo á qué ha querido referirse el Código al hablar de las cargas y contribuciones que se consideran gravámenes de los frutos. La misma necesidad de usar de esta expresión "se considera" demuestra la perplejidad en que el legislador debió encontrarse para definir su pensamiento, tanto más, cuanto que ni siquiera señala quién sea el que deba tener valor decisivo en semejante consideración; esto es, si ha de ser el dueño ó el usufructuario, ó el que constituyere el usufructo, ó la generalidad de las gentes ó la ley; ni si los que llama gravámenes de los frutos son referentes á los frutos nacidos ó á los recogidos; porque es sabido que los primeros forman parte integrante del fundo, en cuyo caso los gravámenes serían del fundo mismo y no de los frutos; y los segundos puede decirse que no admiten verdaderamente gravámenes, como no sea la constitución del derecho pignoraticio, en cuyo caso, sin necesidad de decirlo, necesariamente es responsable de los tributos de la constitución de prenda aquel que la establece.

Por esta circunstancia he creído que, á fin de evitar toda incertidumbre por motivos legales que el mismo legislador no se ha decidido á definir, es preferible y aun necesario, por la referida inutilidad de semejante dicción, prescindir completamente de ésta, aclarando lo demás

en los términos que expresa el mencionado art. 1.357 del Proyecto.

Artículo 505. — Meramente aclaratorias son las observaciones relativas á este artículo.

Muéstralo el art. 1.358 del Proyecto, pues se limita á fijar el concepto en que se refiere al capital el párrafo 1.° del art. 505, y á fijar igualmente el concepto en que hace referencia á los intereses el párrafo 2.° del mismo artículo.

Si, como antes decía, el sistema del Código parece inclinado á mantener, por la vaguedad de sus disposiciones, un estado de constante litigio entre el dueño y el usufructuario, dando pretexto para que entre ellos pueda surgir pleito por la mayor parte, si no por cada una de las disposiciones que regulan su respectiva situación, he creído que lo menos que cabía hacer en este punto era hacer cesar semejante vaguedad ó indeterminación legal, para que, fijando de una manera tan clara como concreta el valor jurídico de dichas relaciones, sean éstas expresivas de verdaderos derechos de uno ú otro, y no simplemente de motivos ó pretextos para suscitarse pleitos entre ellos.

Artículo 506.—Es este un artículo que, sin duda por ser nuevo en nuestro derecho, resulta redactado con notoria confusión, aparte de la injusticia que, á mi juicio, determina la doctrina que consigna.

No he de ocultar, ciertamente, que lo más difícil de semejante precepto consiste en determinar el sentido ó pensamiento que haya inspirado su redacción; porque al observar que se contrae el caso en que el usufructo se constituya sobre la totalidad de un patrimonio y que el art. 510 se remite á aquel en que se trate del usufructo de la totalidad ó de una parte alícuota de una herencia, parece que, ó el Código no comprende la herencia en la totalidad del patrimonio, ó el Código se refiere, en el artículo de que me ocupo, sólo al constituído por disposición entre vivos,

reservando para el 510 el constituído por disposición *mortis causa.*

¿Será, quizás, que lejos de referirse el art. 506 á una cosa universal, se refiera meramente á un conjunto ó cosa total, dejando la materia relativa á la universalidad para el art. 510 de dicho cuerpo legal?

Si el Código contuviera la clasificación de las cosas en singulares, totales y universales, todavía cabría examinar si según su criterio admitía lo que designa con el nombre de patrimonio entre las cosas totales; pero en la imposibilidad de salvar por el mismo Código semejante deficiencia, y en la necesidad, por tanto, de acudir á los principios jurídicos, no puedo menos de hacer presente, de acuerdo con lo que he establecido en los artículos del 1.139 á 1.142 del Proyecto, que el concepto jurídico de la cosa total no puede convenir al concepto del patrimonio, que implica, no simplemente el valor objetivo de los bienes considerados en sí mismos, sino su valor objetivo considerados con relación á una persona determinada, mostrando al efecto sus medios útiles y expresando en su consecuencia su respectiva esfera de acción.

En este sentido considero que el Código se ocupa del patrimonio en el presente artículo, porque de otra suerte no se explicaría que hablase de las deudas del propietario, como no fueran determinantes de carga ó gravamen real singularizado en alguno ó varios de los bienes comprendidos en el mismo patrimonio; y por esto hacía notar que si realmente debe estimarse que el objeto de este artículo ha sido referirse á la cosa universal, siéndolo también como lo es la herencia, de que trata el 510, habría que suponer que, reservado para este último artículo lo relativo al usufructo sobre cosa universal constituído por acto *mortis causa*, se refería al otorgado por acto entre vivos el mencionado art. 506 del Código.

He aquí, sin embargo, una situación difícil; porque, como desde luego se comprende, la inmediata consecuencia de semejante doctrina sería suponer la posibilidad de que una persona establezca usufructo sobre todos los bienes, tanto por contrato oneroso como por contrato gratuito; en cuyos respectivos casos, el carácter aleatorio del contrato si había de alcanzar á los bienes futuros, y la prohibición del párrafo 1.º del art. 635 si aquél fuese gratuito, habrían de ser necesariamente un obstáculo, lo mismo para la virtualidad del usufructo por falta de cosa determinada y de principio para su determinación, como para aplicar en todo caso las disposiciones de los artículos 642 y 643 (á que hace referencia el art. 506), relativas á las donaciones, cuya institución nada tiene que ver con los contratos onerosos; aparte de que aun lo dispuesto en el art. 642 ninguna trascendencia podría tener tampoco, siempre que el patrimonio hubiera de quedar definido por el estado ó situación de una persona en un momento determinado.

El Código, que sin duda creyó ver materia jurídica, para la disposición que comprende el art. 506, en los artículos 509 del Código italiano y 612 del Código francés, ni se fijó lo bastante en el verdadero valor jurídico de lo que llama patrimonio, ni en las formas que puede éste revestir, ni en su distinción con las herencias, ni en la solución de aquellos Códigos que, más en armonía con el carácter del usufructo, lejos de hacer al usufructuario responsable de las deudas del propietario, sólo demandan de aquél el *anticipo* necesario para el pago de estas últimas, si se propone evitar que se reduzca el usufructo por la enajenación de los bienes necesarios para verificar el pago de las deudas.

Pues la vaguedad que se observa respecto á la naturaleza del patrimonio y á la separación de la materia jurídica de dichos artículos 506 y 510, resulta asimismo acerca

de las deudas á que hace referencia la primera de dichas disposiciones.

Ocúpase ésta de las deudas del propietario; y como con este nombre lo mismo puede comprenderse al constituyente del usufructo que al que tenga la nuda propiedad de los bienes que éste comprenda, porque lo único que exige el artículo es que el propietario tenga deudas al constituirse el usufructo, lo cual puede suceder lo mismo si se trata del constituyente que del nudo propietario, resulta que, aunque sólo sea por esta notoria indeterminación, la aplicación del artículo ha de sugerir forzosamente muchas dudas, sobre todo cuando éstas se acentúan aún más respecto á la aplicación que también exige de los citados artículos 642 y 643 del Código, tanto, según decía, por la impropiedad de aplicar á los contratos onerosos las disposiciones reguladoras de las donaciones, como por no expresarse claramente si semejante aplicacion de referencia ha de hacerse en todo caso ó sólo en el de que exista convención especial sobre el pago de las deudas por el usufructuario, á fin de fijar á cuáles deba alcanzar semejante convención.

Lo que estimo que olvidaron los redactores del Código es la casi imposibilidad de que en la práctica de la vida resulte la institución del usufructo en las circunstancias á que parece referirse el mencionado artículo. Pero como de todos modos, aun cuando pudiera ofrecerse algún caso, si no idéntico, análogo, no resultan determinadas, según acabo de expresar, las referidas circunstancias que pudieran motivar su aplicación, por esto no he podido menos de considerar que, siendo el objeto del artículo regular el caso de usufructo sobre cosa universal, y no existiendo verdadero motivo para tratar con separación de ésta el del usufructo sobre una herencia que es también cosa universal, debía unificarse la materia del art. 506 y la del artículo 510 para presentarla bajo un régimen en el que ni

fuera preciso distinguir entre el contrato oneroso y el contrato gratuito, ni entre el acto inter vivos y el por causa de muerte, á fin de que de este modo la doctrina del usufructo sobre cosa universal constituyera una doctrina común á cualquiera de las manifestaciones en que pueda presentarse, y, por supuesto, rechazando siempre la responsabilidad del usufructuario para el pago del capital de las deudas que formen parte de semejante cosa característica de su objeto, limitando, por tanto, la responsabilidad del usufructuario á las prestaciones periódicas y á la posibilidad de facilitar, en concepto de anticipo, los fondos que para la integridad del usufructo exija la satisfacción de las deudas del patrimonio.

He aquí el contenido del art. 1.359 del Proyecto, en el cual, además de unificar los artículos 506 y 510 del Código, en la forma que acabo de referir, se señalan también con precisión los distintos extremos que han de constituir un supuesto necesario para la aplicación de dichos preceptos del Código, si ha de verse en ellos la posibilidad de alcanzar verdadera utilidad práctica.

La solución del art. 1.359 del Proyecto es, según se observa por sus términos, la misma á que se refiere el artículo anterior del mismo Proyecto, cual si se tratara de contribuciones impuestas directamente sobre el capital de los bienes del usufructo, pues es indudable que las deudas de un patrimonio han de representar verdaderamente minoración de los bienes que comprende y recaer, por tanto, sobre su dueño, bien sea con derecho á interés sobre los productos del usufructo, ó bien, en caso de anticipo por parte del usufructuario, con restitución á éste al concluir el usufructo de lo que hubiere anticipado; solución que en el fondo es idéntica á la que consignan los Códigos francés é italiano (artículos 612 y 599 respectivamente) anteriormente mencionados.

Artículo 507. — Nada tengo que objetar sobre el fondo

la cantidad invertida en dicha clase de obras; y no, como expresa el Código, el interés legal de la cantidad invertida en ellas mientras dure el usufructo; pues desde luego se ve que con esta pequeña corrección, por la que la duración del usufructo califica al interés legal y no á la cantidad invertida en reparaciones, queda perfectamente definido que el dueño no puede pretender interés legal después del usufructo; en una palabra, que la duración del usufructo es la determinante del tiempo en que se ha de pagar el referido interés.

La segunda, que ya no es una mera aclaración, sino verdadero complemento, se refiere á precisar el modo de evitar cuestiones entre el dueño y el usufructuario al tratar de definir el aumento de valor que haya obtenido una finca por reparaciones extraordinarias realizadas por el último.

Es preciso no olvidar que el derecho á obtener la indemnización ó reintegro de dicho aumento de valor sólo puede hacerse efectivo al concluirse el usufructo; que por lo mismo puede transcurrir mucho tiempo desde la época de las reparaciones y aquélla en que ha de conseguirse la indemnización por efecto de las mismas. Y como esta diversidad de circunstancias expone á las dificultades de precisar cuál sea el valor que haya de tomarse por tipo ó base para fijar el aumento á que el usufructuario tenga derecho, estimo que es indispensable escogitar un medio, si no parece suficiente el que propongo en el párrafo segundo de dicho art. 1.356 del Proyecto, para que, previa audiencia de los interesados, se fije, con anterioridad á las reparaciones, el verdadero valor de la finca, porque sólo entonces es cuando cabe que el valor de ésta pueda estimarse con independencia de las reparaciones y no tenga que fijarse el aumento por conjeturas y apreciaciones.

Después de todo, por otra parte, en nada se menoscaba el derecho del usufructuario para verificar tales obras.

Sólo se le exige la precaución de que, si quiere prepararse para utilizar en su caso su derecho á la indemnización, determine, de manera que sea eficaz, con el dueño el verdadero estado y apreciación de aquello sobre cuyo aumento únicamente dicha indemnización le puede en su día corresponder.

Artículo 503. - Como podrá observarse por el Proyecto que acompaño, éste no tiene referencia alguna al art. 503 del Código, que es, á mi juicio, una manifestación de la falta de criterio en que se informa en dicho cuerpo legal la institución del usufructo, puesto que desde luego se ve que equivale á una protesta contra el derecho del usufructuario á la posesión material exclusiva de la cosa.

¿Cómo ha de poder hacer el dueño las obras y mejoras de que sea susceptible la finca usufructuada, ni dirigir las plantaciones y, por tanto, la forma de realizar su producción, si los bienes usufructuados han de estar en poder del usufructuario y sobre él pesa la obligación de entregarlos al dueño concluído el usufructo, conforme al art. 522 del mismo Código? Es decir, ¿si es precisamente el usufructuario aquel á quien corresponde la posesión material de las cosas objeto del usufructo?

No es extraño que semejante disposición, tan confusa en cuanto á la posesión de los bienes subsistiendo el usufructo, carezca de precedente legal en nuestro derecho; y por más que esta sola circunstancia debía haber bastado para llamar la atención de los redactores del Código antes de pronunciarse por una innovación que tiene escasísimos precedentes en las legislaciones extranjeras, como no sea el Código portugués (art. 2.227) y el de la República Argentina (art. 2.912), bien podían haberse fijado en que aun dichos dos Códigos, amantes como el nuestro de franquear al dueño la facultad de realizar en las fincas del usufructo las obras á que se refiere el art. 503 de nuestro Código, procuraron salvar ante todo la trascen-

dencia de semejante facultad en el orden posesorio, ya estableciendo como obligación del usufructuario (el Código portugués) el permitir al dueño verificarlas, ya consignando (el Argentino) que el nudo propietario no pueda hacerlo contra la voluntad del usufructuario.

Cualquiera de estas formas, bien sea la de obtener el permiso del usufructuario ó la de contar con su voluntad, revelan claramente que la acción del dueño en las fincas del usufructo es realmente excluída aun por aquellas legislaciones que han intentado autorizarle para que mediante el acuerdo obligado ó voluntario del usufructuario, en quien debe radicar la posesión material, pueda practicar obras ó mejoras en los bienes usufructuados.

Es, pues, indispensable, aun en el caso en que se considere prudente admitir esta posibilidad, que lo dispuesto en el Código se reforme, siquiera no sea más que en el sentido de no disgregar entre el dueño y el usufructuario lo que á la posesión material de las cosas corresponde; porque, de otra suerte, es bien seguro que semejante facultad del dueño para proceder con independencia del usufructuario constituiría un peligro constante para el tranquilo disfrute de los derechos correspondientes á este último en todo lo concerniente á la administración de los bienes del usufructo.

Mas la reforma que á mi juicio es necesaria no consiste simplemente en salvar lo relativo á la posesión de los bienes dejando viva en el dueño la facultad de regir, sólo sea á título de mejorar ó para hacer nuevas plantaciones, los bienes usufructuados, sino en rechazar completamente toda situación ambigua, acerca de este particular, capaz de originar cuestiones entre el dueño y el usufructuario, verdaderamente perturbadoras del pacífico disfrute del derecho real de usufructo; lo cual, sin necesidad de disposición alguna y respetando la esencia de dicha institución para que los bienes se mantengan en su

substancia y en su forma hasta la terminación del usufructo, mientras no acuerden otra cosa el dueño y el usufructuario, deja á salvo, como es natural, toda iniciativa que, respecto á los extremos á que se refiere el art. 503 del Código, pueda tener el dueño cuando cuente con la voluntad del usufructuario.

La necesidad de contar con la voluntad de éste revela claramente que, para cuanto concierne á las relaciones del usufructo, no se hace necesaria disposición especial, y que, por tanto, puede suprimirse, como suprimo yo en mi Proyecto, lo prevenido en el art. 503 del Código.

Bien puede decirse, en este punto, que precisamente la condición á que se subordina la referida facultad del dueño revela la completa inutilidad de dicha disposición. Que por los actos del dueño no resulte disminuído el valor del usufructo ni se perjudique el derecho del usufructuario, es una fórmula tan vaga y tan ocasionada á cuestiones y litigios, que bien puede asegurarse que más que reconocer un derecho de verdadera utilidad para el dueño, sólo equivale á reconocer una situación que sirva de pretexto á la discordia entre el mismo y el usufructuario.

Reconocer al dueño la facultad de emplear capital en mejoras y plantaciones durante el usufructo, es tratar de favorecerle con una disposición verdaderamente inútil; y en cambio, reconocer su acción sin necesidad de acuerdo del usufructuario, para hacer materia de un juicio el ventilar si lo que se proponga hacer el dueño disminuye ó no el valor del usufructo y perjudica ó no al derecho del usufructuario, es arrancar á éste la prenda de seguridad que, para el uso tranquilo de su derecho, le otorgaba nuestra antigua legislación sobre materias que deben depender de su exclusiva voluntad.

Artículo 504.—A dos cosas se reducen las observaciones que sugiere la lectura de este artículo.

Ante todo corresponde fijar á que cargas y á qué bie-

comprende; y que al efecto había unificado en el proyecto, por el art 1.359, el contenido de los dos referidos artículos.

El último párrafo del mencionado art. 1 359 del Proyecto da á conocer la única reforma que, salvo lo relativo á dicha unificación, entiendo que debe hacerse al contenido del párrafo 2.° del art. 510 del Código, tanto para hacer extensiva su doctrina á los casos á que hace referencia el 506, como para fijar con claridad la imposibilidad de que afecte la constitución del usufructo al derecho de los acreedores de la persona de cuyo patrimonio ó herencia se trate, á fin de que, ya cuenten con garantía ó derecho real ó ya sean meramente acreedores personales, quede expedita su acción sobre los bienes del patrimonio ó herencia frente á semejante usufructo que, en ejercicio de las facultades dominicales, se haya podido constituir por el dueño de los mismos.

Artículos 511 y 512.—Lo dispuesto en el primero de estos dos artículos está reproducido en el art. 1.363 de mi Proyecto. No he podido, sin embargo, hacer lo mismo respecto al segundo de dichos dos artículos; pero tampoco he considerado que necesitaba reformar su contenido, porque en realidad lo que, á mi juicio, corresponde es la supresión de semejante precepto.

Es materia jurídica enteramente ajena á la institución del usufructo, y de consiguiente á las relaciones que este derecho de propiedad determina entre el dueño y el usufructuario, la referente á si han de ser de cuenta de este último ó no los gastos, costas y condenas de los pleitos sostenidos sobre el usufructo.

Parece imposible que se hable de condenas, en el sentido que expresa el artículo, cuando éstas fijarán en cada caso á que se refieran, por la singularidad especial de todo asunto litigioso, qué alcance han de tener y contra quién se pronuncian, sin necesidad, por tanto, de que el

Código, anticipándose, por decirlo así, á esta facultad exclusiva de los Tribunales, venga á establecer una regla que podría resultar en contradicción con lo que éstos ordenaran en uso de sus funciones privativas y que, en último extremo, podría acarrear irritantes injusticias haciendo recaer sobre el usufructuario condenas que, por circunstancias especiales, se hayan pronunciado contra personas distintas, aun cuando haya sido en méritos de pleitos sostenidos acerca del usufructo, y quizás sin intervención siquiera del mismo usufructuario.

El carácter procesal de los asuntos litigiosos y sus consecuencias relativas al procedimiento, tanto por lo que se refiere á los gastos, como á las costas y aun á la eficacia de los pronunciamientos condenatorios, no ha de determinarse por la naturaleza de los derechos controvertidos, que es al fin lo que incumbe regular al derecho sustantivo, sino por la incoación ó planteamiento del litigio mismo, y en una palabra, por la instancia de aquellos que lo provoquen ó tengan interés ó intervención en su sustanciación.

Fijadas de esta suerte las personas por cuya gestión aparezcan provocados los gastos, costas y en su caso las condenas, la resolución de cada caso será la que, según las circunstancias, vendrá á determinar si la responsabilidad de los gastos y costas causados ha de recaer en definitiva sobre cada uno de los que en el pleito ó litigio hayan tenido intervención, en consideración á lo que cada uno también haya instado ó promovido, ó si, por mala fe ó culpa de alguna de las partes, han de recaer contra ella los gastos ó costas ocasionados por los otros.

Cualesquiera que sean las relaciones entre el dueño y el usufructuario, la ley no puede menos de respetar la completa independencia de todo pleito ó litigio, ya verse sobre el dominio ó se refiera únicamente al usufructo.

En cada uno de semejantes litigios se verá quiénes son

los que hayan intervenido; y sobre esta base se decidirá, según la buena ó mala fe de su respectiva gestión y la justicia ó injusticia de las pretensiones formuladas, cuál deba ser la resolución legítima y de cuenta de quién hayan de ser los gastos y costas ocasionadas.

Estas solas indicaciones, que no necesito desenvolver por lo sencillas y concluyentes, revelan cuán intempestivo es formular, en la institución del usufructo, precepto alguno relativamente á la indicada materia de que trata el art. 512 del Código.

SECCIÓN CUARTA

De los modos de extinguirse el usufructo.

Artículos 513 y 514. — Reproducido el primero de estos artículos en el 1.364 del Proyecto, obsérvanse no obstante algunas variantes en su respectiva redacción. No considero que ninguna de ellas sea contraria al criterio que presidió en la redacción de dicho artículo del Código, y por esto estimo que las pequeñas reformas que introduzco son propiamente aclaraciones del pensamiento con que se formuló y cuya utilidad práctica se descubre fácilmente por la mera comparación entre dicho precepto y el 1.364 de mi Proyecto.

Lo mismo he de decir respecto al art. 514, cuyo correspondiente en el Proyecto lleva el núm. 1.365.

He de indicar, no obstante, con relación á la materia sobre que versan dichos dos artículos, en armonía con lo que dejo igualmente manifestado al tratar del art. 492 del Código, que sin duda olvidaron los redactores la reforma introducida respecto á los derechos del cónyuge viudo y la exigencia que, con ocasión de dicha innovación, aparece contenida en la base décimoséptima en la ley dictada para su redacción.

La última parte de dicha base expresa que se determi-

nen los casos en que ha de cesar el referido usufructo, además de estatuir en su primera parte que éste se caracterice por el que conceden al viudo ó viuda algunas de las legislaciones especiales (Navarra, Aragón y Cataluña), en las cuales, como es sabido, se impone su cese ó terminación por circunstancias relativas á la viudedad que lo motiva.

Ninguna disposición contiene el Código cumpliendo la referida exigencia de la mencionada base 17. Ni al tratar de los derechos del cónyuge viudo se determina caso alguno especial para la terminación del usufructo que se le concede en tal concepto, ni tampoco se consigna especialidad alguna para su terminación, al tratar de la institución del usufructo en la sección 4.ª, destinada á los modos de extinguirse.

Como de esta manera se perpetúan los derechos del cónyuge viudo aun cuando cambie de estado ó dé motivo al escándalo por su conducta licenciosa, ó comprometa de algún modo los bienes de sus hijos legítimos, teniendo hijos ilegítimos durante su estado de viudez, siendo así que sus derechos en tales casos decaerían según el régimen del referido usufructo en las legislaciones forales, conforme á las que se ordenó su introducción en el Código, he considerado que no puede menos de atribuirse á olvido lo ocurrido en la redacción del Código civil con motivo de semejante usufructo, creyendo quizás los encargados de formular esta institución en general que ya se cumplirían, aun respecto á los modos de extinguirse, las exigencias de la ley de Bases al formular, en el título de las sucesiones, los derechos del referido cónyuge, y suponiendo probablemente los llamados á formular estos últimos que la extinción del usufructo, aunque fuese especial, debía determinarse al ocuparse en general de los modos de extinguirlo. Cualquiera que haya sido la causa de la referida omisión de dicho particular, tan expresa-

mente prevenido en la referida ley de Bases, era indispensable, así para cumplimentar esta ley como para responder á la naturaleza especial del usufructo de que se trata, y también para ponerlo en armonía con el mismo criterio del Código relativamente á los bienes reservables, entendiendo éste como entiende, según ya he tenido ocasión de hacer notar con referencia á su art. 980, que los motivos de la reserva existen aun cuando el cónyuge no contraiga nuevo matrimonio, si en estado de viudez tuviera hijos ilegítimos; era indispensable, digo, que se formulara como complemento de los citados artículos relativos á los modos de extinguirse el usufructo, el 1.366 del Proyecto, que lleva al usufructo vidual la referida doctrina, admitida ya en el Código respecto de los bienes sujetos á reserva, á fin de que aquél cese por el nuevo matrimonio, aun cuando sea nulo, ó tenga el cónyuge viudo algún hijo ilegítimo con posterioridad á la adquisición de dicho usufructo.

Artículo 515. — Dos partes comprende este artículo del Código.

La primera, relativa á la naturaleza jurídica del usufructo; la segunda, referente á los modos de extinguirse, en la eventualidad especial á que se refiere el artículo.

Por esto entiendo que la primera parte del artículo debía estar comprendida entre las disposiciones generales del usufructo. Así aparece en mi Proyecto por el párrafo 2.° del art. 1.321, donde he procurado también poner en armonía la designación de las entidades á que indudablemente se refiere el art. 515 del Código, con las reformas que acerca de la clasificación de las personas contiene el libro 2.° del proyecto que acompaño.

El Código habla en forma casuística de las personas colectivas, y guarda absoluto silencio acerca de las personas ficticias, porque ni siquiera, para comprenderlas en el precepto, formula éste designándolas con el nombre de

jurídicas, que es la calificación con la cual opone á la de las personas naturales la de las demás entidades personales en los artículos 35 y siguientes del mismo cuerpo legal.

¿Será que realmente el legislador, al hablar del pueblo ó corporación ó sociedad, excluya, por ejemplo, la provincia y excluya igualmente la fundación?

No tengo que repetir aquí observaciones expuestas ya anteriormente acerca de la indeterminación y falta absoluta de criterio con que en el Código se habla de las corporaciones, sociedades., etc., ni tampoco respecto á la necesidad de precisar con claridad y fijar por modo concreto cuáles son las entidades jurídicas y cuáles sus respectivas diferencias.

Mas como independientemente de esta materia, sobre lo cual queda ya dicho lo bastante para responder á los límites de estas observaciones, no puedo menos de considerar que las referidas designaciones casuísticas del pueblo, corporación ó sociedad, consignadas en dicho art. 515 del Código, más que enumeración de las personalidades á que se refieren, se han empleado por vía de ejemplo general á cualquiera de aquellas calificadas con el nombre de jurídicas, pues en todas se dan los motivos por los cuales el referido artículo limita la duración del usufructo cuando se trata de las expresadas entidades; he modificado dicha primera parte del artículo en dos extremos, á saber: aclaratorio el uno de la referida designación, y complementario el otro, á fin de evitar la duda posible que surge de dicho artículo, por no disponer que subsista, dentro del período de treinta años, el usufructo que á favor de las indicadas entidades se establezca por un período mayor.

No se olvide, sobre todo cuando se emplea la fórmula expresamente prohibitiva que consigna dicho art. 515, la sanción de nulidad que previene el párrafo 1.° del art. 4.° y que ampara, aun en los casos á que hace referencia, el párrafo último del art. 11 del mismo Código.

Podría creerse, por lo mismo, y con razón, que si se constituyera el referido usufructo por más de treinta años, fuera consecuencia inmediata la nulidad de semejante institución, en lugar de resultar sólo un límite para su duración; y á fin de desvanecer, acerca de este punto, todo motivo de duda, he consignado lo que establece el párrafo 2.° del art. 1.321 del Proyecto.

Por lo demás, la segunda parte del art. 515, salvo lo referente á la designación de las personalidades á que se refiere, queda reproducido también en el 1.367 del mencionado Proyecto.

Artículo 517. — La doctrina de este artículo huelga, á primera vista, en la sección ó lugar del Código en que resulta colocado.

No parece sino que sus redactores, al colocarlo entre los modos de extinguirse el usufructo, tenían como solución, para los casos en que hace referencia, un criterio diametralmente distinto de aquel que en definitiva aparece redactado.

La falta de exposición de motivos hace imposible que se conozca á qué haya obedecido semejante cambio; pues es lo cierto que cuando por dicha colocación cabe esperar una regla extintiva del usufructo, se encuentra el lector con una referente á su subsistencia, no obstante la alteración que en su substancia y en su forma haya sobrevenido, aunque por mero accidente, á los bienes del usufructo.

Comprenderíase, en tales casos, la transformación de este usufructo en armonía con la transformación producida en los bienes. Lo que no es fácil comprender, es que el usufructo se mantenga en su integridad, no obstante la referida alteración de los bienes usufructuados.

¿A qué otra cosa se reduce declarar que al perecer un edificio tenga el derecho el usufructuario, no sólo á disfrutar del suelo, sino también de los materiales?

La posición fija del suelo, la circunstancia de ser á su

vez base y elemento esencial para el edificio derruído, justificaría ciertamente el precepto si se limitara á este particular.

Pero su extensión á los materiales ó elementos que des prendidos del edificio, ni corresponden á la forma de la cosa usufructuada, ni dejarán por regla general de afectar el carácter de cosas genéricas ó fungibles, y que por su naturaleza mueble, diametralmente opuesta á la que tenían como parte que eran del inmueble usufructuado, pueden tan fácilmente desaparecer, siendo tan difícil ó punto menos que imposible su reivindicación por el dueño en caso necesario, indica claramente que esta transformación esencial de inmueble á mueble que, á diferencia de lo que ocurre con el suelo, se origina con los materiales, exige necesariamente que por lo menos respecto á éstos se extinga el usufructo, aun cuando sea respetando la utilidad que puedan representar para el usufructuario en la forma de interés legal que el dueño le satisfaga sobre el valor ó importe de los mismos.

No necesito ampliar estas observaciones, siendo como es tan evidente la referida transformación sobrevenida en el objeto del usufructo.

Pero sí entiendo que, además de esta reforma introducida respecto al primer párrafo del art. 517 del Código, debe también consignarse, respecto al segundo, que el usufructo se extingue totalmente cuando el propietario quiere construir otro edificio, para que no pueda entenderse que la obligación que le impone dicho artículo deba limitarse al período de la construcción, si durante ella corresponde que subsista el usufructo, y continuar éste después sobre el edificio nuevamente construído.

El artículo del Código parece entregar semejante obligación, impuesta al propietario, á las contingencias de una obligación meramente personal. Nada dice respecto á la garantía de semejante obligación, ni aun en la forma

de fianza á que se refiere, por ejemplo, al final del art. 519; siendo tanto más de notar esta diferencia entre lo prevenido en el art. 517 y 519, porque precisamente el silencio del Código acerca de la garantía ó fianza en el primero podrá servir de verdadero fundamento para sostener que el legislador no se propuso exigirla, en cuyo caso lo habría previsto como lo hace en el art. 519 respecto á la obligación que es materia de este último, y que por tanto al propietario, á que se refiere el 517, no puede exigírsele garantía ó afianzamiento para el cumplimiento de la obligación que dicho artículo le impone.

No considero, sin embargo, que aunque este sea el resultado de lo prevenido en el Código, haya sido realmente el criterio del legislador al redactar el mencionado artículo 517. Entiendo, por el contrario, que aun en caso afirmativo, no es justo privar de verdadero derecho real al usufructuario sobre el suelo ó finca en que le correspondía el de usufructo, cuando por accidente surge la necesidad de transformarlo en la obligación á que el precepto se refiere.

La transformación, en estos casos, debe limitarse á lo absolutamente necesario; y subsistiendo como ha de subsistir el suelo, que ha de servir, en su caso, de base al nuevo edificio que se contruya, nada impide, y hasta por el contrario, resulta ciertamente equitativo, que sobre semejante inmueble conserve el usufructuario verdadero derecho real, aun cuando sea en la forma hipotecaria, que corresponde tratándose de asegurar una obligación, según lo consigna al efecto en su último párrafo el artículo 1.369 del Proyecto.

Artículo 518.—Lo relativo á este artículo, reproducido en el 1.370 del Proyecto, sólo exige algunas aclaraciones, tanto en lo referente á los intereses del precio del seguro, de que hace mención su párrafo primero, como respecto á la garantía dei cumplimiento de la obligación de satis-

facerlos, de que me he ocupado con ocasión del artículo anterior.

En este sentido consigna el citado artículo del Proyecto que el percibo de dichos intereses sea á razón del interés legal, evitando de esta suerte toda clase de cuestiones respecto al tipo, así como respecto al derecho del usufructuario para intervenir en la inversión del precio del seguro, si se creyera con derecho á obtener por este medio algún mayor interés.

Artículo 519. — No puedo decir lo mismo respecto al art. 519 del Código.

Cuando se trata de la expropiación de la cosa usufructuada, las causas que originan dicha transformación reducen propiamente el usufructo, y por mejor decir el derecho de propiedad del expropiado, á la cosa ó bienes que constituye el capital ó numerario representado por la indemnización.

Por esto entiendo que á la transformación necesaria, derivada de la expropiación, no deben acompañar otras esencialmente voluntarias como la de sustituir una finca por otra de igual valor ó análoga, ó la de abonar el propietario al usufructuario el interés legal del importe de la indemnización.

Si hay que pasar por aquello á que obliga la necesidad pública, es preciso no salir de los límites en que por semejante necesidad se transforma el derecho de propiedad, para mantener el usufructo en las condiciones más análogas derivadas de su propia institución.

Cierto que al propietario no se le impone la obligación de sustituir una cosa por otra; pero no lo es menos que, á no hacerlo, se le exige que se convierta gratuitamente en administrador del usufructuario, para que éste, sin cuidado alguno respecto al importe de la indemnización, obtenga la ventaja completamente garantizada de cobrar un interés que en muchas ocasiones podrá ser superior

al que pueda obtenerse del capital y mayor siempre que lo que produciría la cosa ó finca objeto de la expropiación.

Por esto creo, como decía, que para conservar el usufructo dentro de las condiciones en que ha sido instituído, sin otra alteración que la surgida necesariamente por causa de pública utilidad, se transforme el usufructo de cosa específica en usufructo de capital ó cosa fungible, aplicando al mismo las reglas que para estas cosas genéricas previenen los artículos 1.314 y 1.335 del Proyecto, ó sea el 482 según el Código, siempre que el usufructuario preste previamente garantía pignoraticia ó hipotecaria del capital que ha de pasar á su poder á título de verdadera adquisición; y en otro caso, y por tanto cuando el usufructuario no pueda ó no quiera prestar semejante garantía, se aplique lo dispuesto en el párrafo 2.° del artículo 1360 del Proyecto respecto del usufructuario sin garantía bastante, que equivale á lo dispuesto de igual suerte en el párrafo 2.° del art. 507 del Código, para cuando se trata del capital realizado por el usufructuario en la reclamación de los créditos vencidos que formen parte del usufructo.

De este modo ni el usufructuario quedará privado de la posibilidad de intervenir en el régimen del capital usufructuado para obtener, sin menoscabo de su seguridad, la mayor ventaja en lo relativo á los intereses, ni el propietario quedará convertido en administrador del usufructuario, ni alterada tampoco la garantía ó la seguridad necesaria que en favor del dueño reclama la restitución que debe hacerse á la terminación del usufructo.

Artículo 520.—He aquí un precepto á mi juicio equitativo, aunque sea susceptible de provocar la administración por el dueño de la cosa usufructuada.

Sólo una salvedad estimo que corresponde hacer, y es que el derecho que se reconoce al dueño no sirva de me-

noscabo al que á favor del mismo corresponde para obtener la indemnización del daño ocasionado por el usufructuario.

Considero que este habrá sido seguramente el criterio del legislador español al redactar dicho artículo, teniendo presente que si la administración de la cosa por el dueño tiende á prevenir daños futuros, su derecho á indemnización tiene por objeto la debida reparación por los pasados.

Pero aun cuando sea tan diametralmente distinto el objetivo de cada uno de estos derechos, que pueda creerse que el Código no altera su respectiva independencia para hacerlos efectivos con completa separación, estimo útil la salvedad, anteriormente indicada, que consigna el artículo 1.372 del Proyecto, para que no aparezca, á semejanza de las obligaciones con cláusula penal, que la facultad conferida al dueño en dicho art. 520 del Código es simplemente una opción á conseguir la administración de los bienes usufructuados, como medio reparador del daño que hasta entonces hubiere podido sufrir.

Artículo 521. — Ya con ocasión del art. 469 del Código tuve necesidad de hacer una indicación de referencia al contenido de este art. 521, que al parecer, según han entendido algunos comentaristas, está destinado á afirmar el derecho de acrecer entre los usufructuarios.

Con buen acuerdo ha prescindido el Código de designar con este nombre la materia regulada por el artículo, pues desde luego se nota la impropiedad con que se trataría de aquel derecho en lugar distinto del de las sucesiones; y además la trascendencia mayor que tiene lo dispuesto en el artículo, que lo que en su caso podría corresponder al derecho de acrecer si se tratase de un usufructo constituído por título sucesorio.

Pero si en este punto el Código ha revelado verdadero acierto, no así al hacer depender la aplicación del artículo

de la circunstancia de que sean vivas, al tiempo de la constitución del usufructo, las personas en cuyo provecho éste se haya constituído.

¿Qué ha querido decir el Código al exigir esta circunstancia? ¿Lo ha hecho sólo como disposición limitativa, para que la doctrina deje de aplicarse si se trata de usufructo constituído entre varias personas, alguna de las cuales no estuviera viva al tiempo de su constitución? A ser así, no se vería ciertamente la necesidad de solución distinta para uno y otro caso.

¿Lo ha hecho como disposición prohibitiva, dando á entender que no pueda constituirse usufructo en favor de personas que no vivan al tiempo de su constitución? Aunque esto pudiera creerse en atención á lo dispuesto en los artículos 781 y 787 del Código, como al fin la doctrina de estos artículos sólo podría ser eficaz tratándose de instituciones sucesivas, y por tanto con carácter de sustitución, siendo así que lo establecido en el art. 521 lo mismo puede ser aplicable á los usufructos sucesivos que á los usufructos simultáneos, no se ve tampoco el interés que aquella circunstancia pueda tener para que, independientemente del carácter simultáneo ó sucesivo, el usufructo subsista hasta la muerte del último sobreviviente.

Por esto no puedo menos de considerar que, aunque el Código exija semejante circunstancia, ni ha tenido por objeto impedir la aplicación de dicho artículo al caso en que, ya se trate de usufructos simultáneos ó sucesivos, recaiga cualquiera de estos llamamientos en alguna persona que no exista todavía al tiempo de la constitución del usufructo, ni se ha propuesto tampoco impedir indirectamente la validez ó eficacia de semejantes llamamientos, ni existe por lo mismo verdadera necesidad de mantener aquella condición para que el usufructo establecido en favor de varias personas pueda, en su caso, responder á la eficacia jurídica del derecho de acrecer y, en todo caso, subsistir

mientras sobreviva alguna de las personas en cuyo provecho se haya constituído.

En estas condiciones entiendo que lo que principalmente interesa es prescindir, desde luego, de semejante circunstancia, para evitar siquiera las dudas ó cuestiones á que puede dar lugar la necesidad de fijar su inteligencia y la incertidumbre de los derechos que pueden originarse con tal motivo: y por lo mismo, procurando además aclarar los conceptos relativos á las distintas situaciones en que puede tener aplicación la disposición de que trato, para señalar de esta suerte con precisión los efectos reservados á la misma, he formulado en el Proyecto el artículo 1.373, aceptando, á semejanza del Código, bien que con omisión de la frase de "personas vivas", la doctrina que con referencia á la extinción del usufructo establece cuando se trata del constituído á favor de varias personas, autorizada como está semejante constitución por el artículo 469 del mismo Código.

Artículo 522. — Nada tendría que observar acerca de este artículo si no fuera una buena muestra de la falta de verdadero criterio jurídico con que son consideradas en el Código la mayor parte de las instituciones.

Sus últimas palabras, declarando que verificada la entrega de la cosa usufructuada se cancelará la *fianza* ó *hipoteca,* revelan una vez más la dificultad de poder tomar, en la aplicación ó práctica del Código, las disposiciones que éste contiene según su redacción.

Distinguiendo aquí entre la fianza y la hipoteca, cuando no lo hace al tratar en el núm. 2.° del art. 491 de la garantía que está obligado á prestar el usufructuario antes de entrar en el goce de los bienes, ni tampoco en el 509 al referirse á la garantía que impone al dueño para la obligación que según dicho artículo le resulta en caso de expropiación, revela que, así como en unos casos el concepto de fianza está empleado (si bien impropiamente, según ya

he hecho observar antes de ahora) como nota común á las distintas clases de garantías admisibles, en otras, como en el artículo de que me ocupo, está empleado como expresión de una clase de garantía en oposición á otra; pero por desgracia también, aun en esta última acepción, se observa una nueva impropiedad, porque usando de dicho concepto en este sentido particular ó relativo, aparece eliminada la prenda, cual si el propósito del legislador hubiera sido que sólo la fianza y la hipoteca, pero no la prenda, sean garantías admisibles, ó que en caso de serlo también la prenda, esta garantía no se cancele á pesar de haberse verificado la entrega de la cosa objeto del usufructo.

En obviación de estos inconvenientes, á fin, como corresponde, de unificar la materia relativa á la garantía, cuya necesidad de unificación hice ya presente al tratar de dicho art. 491, para que no resulte el variado criterio que en el terreno de los preceptos jurídicos será siempre un defecto del Código vigente, he consignado en el artículo 1.374 del Proyecto que lo que debe cancelarse es la garantía y, por tanto, cualquiera que sea la forma con que se haya establecido.

CAPÍTULO II

Del uso y de la habitación.

Artículo 523. — Este artículo, como el 470, relativo al usufructo, aparece, á mi juicio, consignado, según sus términos, por una equivocada interpretación de la base duodécima de la ley formulada para la redacción del Código.

En mi sentir, no puede suponerse que la ley de Bases estuviera en oposición con lo que lógicamente corresponde.

Interpretarla, como se ha hecho, para que por usufructo

se entienda lo que quiera el constituyente y se repute uso y habitación lo que también designe con este nombre el que establezca estos derechos, equivale á declarar que el derecho positivo no tiene criterio alguno acerca de estas formas de propiedad, ni la más mínima confianza en su realidad jurídica y, por tanto, en la necesidad que respectivamente están llamadas á satisfacer.

Para este resultado, mejor sería abstenerse de dictar Código alguno, dando carácter casuístico á discreción de los particulares y sin intervención alguna del legislador en todas las instituciones del derecho privado.

A buen seguro que no se propusieron cosa semejante los redactores de la ley de Bases; pues la misma base duodécima, á que antes hacía referencia, dispone ante todo que el usufructo, el uso y la habitación se definirán y regularán como limitaciones del dominio y formas de su división, y sólo—añade—regidas en primer término por el título que las constituya, y en su defecto por la ley, como supletoria á la determinación individual.

Se ve, pues, que este régimen á que se contrae el segundo extremo de la parte (de dicha base) que acabo de transcribir se refiere, no al usufructo, al uso y á la habitación en general, en cuyo caso habría dicho la ley *regidos* en primer término, sino á dichas instituciones definidas y reguladas como limitaciones del dominio y formas de su división; lo cual malamente habría podido hacerse en la redacción del Código si no había términos hábiles para fijar ante todo é independientemente, por tanto, de la determinación individual, las notas características de dichas instituciones como desprendimientos, por decirlo así, del dominio ó de la plena propiedad.

Lo que la ley de Bases se propuso fué concertar el respectivo valor jurídico de las mencionadas instituciones con la libertad individual, para el régimen especial de cada una de ellas, dejando de esta suerte que la misión

del derecho se realizara, cual corresponde, fijando ante todo la naturaleza de cada institución, y que la misión del individuo se ejercitara libremente en todo lo que, conforme á dicha naturaleza, fuese referente á la vida especial que por su respectiva fundación correspondiera á cada una de sus manifestaciones.

La ley de Bases, en suma, no se propuso entregar á los particulares la estructura, el orden ó enlace general de las instituciones del derecho civil, que han de determinarse según su respectiva naturaleza jurídica, ni, por consiguiente, respecto á las de que me estoy ocupando, la determinación de las relaciones en que cada una de las mismas se concierta y armoniza con la institución dominical, para ofrecer de esta suerte la propiedad plena, á diferencia de la menos plena, ó, según el sistema del Código, el dominio á diferencia de sus limitaciones y formas de su división.

Todo esto ha de ser obra del legislador, y la misma ley de Bases lo reconoció así en el primer extremo antes citado de dicha base duodécima.

Pero en cambio, como cada una de las referidas instituciones, una vez fijado su respectivo valor jurídico, ha de ser objeto de manifestaciones especiales por medio de la fundación ó establecimiento que el particular pueda hacer de cada una de las mismas, la ley se propuso que éste pudiera acomodarlas al propósito individual que le moviera en su determinación, fijando á manera de condiciones, dentro de los límites ó moldes característicos de cada una, como institución jurídica, el alcance y reglas bajo las cuales tratase de aplicar á su caso respectivo lo establecido en general por la legislación.

En realidad, lo que la ley de Bases estableció á este propósito equivalía á decir que, sin perjuicio de la naturaleza jurídica del usufructo, del uso y de la habitación, podrían los particulares fijar libremente las condiciones

de cualquiera de estas servidumbres establecidas por su iniciativa. En una palabra, que la determinación individual era libre en esta materia siempre que no alterase la naturaleza jurídica de la misma.

De este modo, como se ve, ni es menester llegar al absurdo que han hecho notar distinguidos comentaristas del Código civil, suponiendo con razón, dados los términos del Código, que es usufructo, uso y habitación lo que los particulares quieran designar con este nombre, sin que además aparezca deslinde alguno de estas instituciones para el régimen de la voluntad individual, como no sea el mero capricho de su designación, ni ha de suponerse tampoco que el Código haya padecido error ó se haya pronunciado por un imposible jurídico al querer respetar la libertad individual para el régimen de toda manifestación de dichas instituciones debida á la iniciativa particular.

Lejos de ello se ve, precisamente, que el propósito del legislador en estas instituciones fué responder á la concordia que debe existir siempre entre la acción del poder público para el régimen del derecho, y por tanto para la fijación de las instituciones jurídicas, y la acción de los particulares para el régimen del mismo derecho en la determinación de las relaciones por las cuales se realiza la vida y el desenvolvimiento de las instituciones; caracterizando de esta suerte, como misión de aquel poder, lo que á la naturaleza de las instituciones corresponde, y cómo función de la libertad individual lo que incumbe tan sólo á la vida, al movimiento ó al desarrollo de las mismas.

Esta solución, tan lógica como justa, y que en este sentido no puedo menos de ver estimada por la mencionada base duodécima, según acabo de indicar, es la que me ha decidido á rectificar, en este punto, por el Proyecto que acompaño, así el orden en que resultan establecidos por el Código los artículos 523 y 524, como el valor respectivo del primero de estos preceptos legales, para que,

lejos de mostrarse como se muestra con un valor enteramente absoluto, que ha de hacer siempre difícil, cuando no verdaderamente imposible, la aplicación de las demás disposiciones, entre ellas la del art. 525, tenga, por el contrario, un valor meramente relativo á las notas ó elementos esenciales determinantes de la respectiva naturaleza de las mencionadas servidumbres de uso y de habitación.

Fácilmente se comprende que si el art. 525 del Código sólo es aplicable, según el art. 523, en defecto de disposición reguladora en el título constitutivo, resultaría que los derechos de uso y de habitación se podrían arrendar, traspasar y provocar de esta suerte toda clase de complicaciones jurídicas, por no llamarlas verdaderos absurdos, ante el disfrute necesariamente personal del usuario ó del que tiene derecho de habitación, que, á diferencia del aprovechamiento de la cosa en el usufructo, llevan consigo las servidumbres de uso y de habitación, si en el título constitutivo de cualquiera de estos derechos se estableciese precisamente lo contrario de lo que dispone dicho art. 525 del Código

¿Existe realmente esta libertad para desautorizar, por el título constitutivo, lo que como esencial á la naturaleza jurídica de los expresados derechos establece el mencionado art. 525?

A pesar de lo dispuesto en el Código, no puedo menos de creer que no; pues otra cosa, como indicaba, pondría además de relieve la consecuencia anteriormente deducida de la falta de criterio del Código acerca del valor jurídico de estos derechos, y de la exactitud con que podría afirmarse que sólo es uso ó habitación lo que el particular quiere que lo sea.

Artículo 524. — Este y el artículo siguiente son los dos preceptos que el Código destina á fijar la naturaleza de las servidumbres de que me ocupo, aunque en el Código

se designan como derechos especiales restrictivos ó limitativos del dominio.

Dedicado ante todo el art. 524 á definir, por decirlo así, el derecho de uso y el de habitación, no puedo menos de hacer presentes varias reformas que á mi juicio son necesarias, tanto para caracterizar el verdadero concepto de cada una de dichas instituciones como para evitar la incertidumbre que, en cuanto á su alcance y efectos, resulta de sus términos según el Código.

La sola comparación de este artículo con los 1.375, 1.376 y 1.385 de mi Proyecto revela desde luego los puntos á que se refieren las reformas que propongo.

Son éstas, según indicaba, de dos clases: unas relativas principalmente á la servidumbre de uso en lo peculiar al objeto sobre que puede recaer, y otras comunes á la servidumbre de uso y habitación, en lo referente á su alcance ó condiciones esenciales que las caracterizan, independientemente de su objeto respectivo.

En cuanto á las primeras, entiendo que es necesario precisar cuáles son los objetos susceptibles de la servidumbre de uso. Se dirá que indirectamente lo consigna el Código, completándose el párrafo primero del art. 524 con el 355, que define los frutos, ya sean naturales, industriales ó civiles.

¿Es esto exacto? He aquí verdaderamente las dudas que podrían originarse por lo preceptuado en el artículo.

Si la percepción de frutos á que se refiere el art. 524 del Código no se concreta á los naturales y á los industriales, en una palabra, á los que son verdaderas producciones espontáneas de las cosas, ó derivados de las mismas á beneficio del cultivo ó del trabajo, sino que se extiende á los llamados frutos civiles ó utilidades obtenidas con ocasión de las mismas cosas por arrendamiento ú otra cualquiera forma indirecta de aprovechamiento, mostraríase ciertamente como objeto posible de la servidumbre de uso

al que pueda obtenerse del capital y mayor siempre que lo que produciría la cosa ó finca objeto de la expropiación.

Por esto creo, como decía, que para conservar el usufructo dentro de las condiciones en que ha sido instituído, sin otra alteración que la surgida necesariamente por causa de pública utilidad, se transforme el usufructo de cosa específica en usufructo de capital ó cosa fungible, aplicando al mismo las reglas que para estas cosas genéricas previenen los artículos 1.314 y 1.335 del Proyecto, ó sea el 482 según el Código, siempre que el usufructuario preste previamente garantía pignoraticia ó hipotecaria del capital que ha de pasar á su poder á título de verdadera adquisición; y en otro caso, y por tanto cuando el usufructuario no pueda ó no quiera prestar semejante garantía, se aplique lo dispuesto en el párrafo 2.° del artículo 1360 del Proyecto respecto del usufructuario sin garantía bastante, que equivale á lo dispuesto de igual suerte en el párrafo 2.° del art. 507 del Código, para cuando se trata del capital realizado por el usufructuario en la reclamación de los créditos vencidos que formen parte del usufructo.

De este modo ni el usufructuario quedará privado de la posibilidad de intervenir en el régimen del capital usufructuado para obtener, sin menoscabo de su seguridad, la mayor ventaja en lo relativo á los intereses, ni el propietario quedará convertido en administrador del usufructuario, ni alterada tampoco la garantía ó la seguridad necesaria que en favor del dueño reclama la restitución que debe hacerse á la terminación del usufructo.

Artículo 520.—He aquí un precepto á mi juicio equitativo, aunque sea susceptible de provocar la administración por el dueño de la cosa usufructuada.

Sólo una salvedad estimo que corresponde hacer, y es que el derecho que se reconoce al dueño no sirva de me-

noscabo al que á favor del mismo corresponde para obtener la indemnización del daño ocasionado por el usufructuario.

Considero que este habrá sido seguramente el criterio del legislador español al redactar dicho artículo, teniendo presente que si la administración de la cosa por el dueño tiende á prevenir daños futuros, su derecho á indemnización tiene por objeto la debida reparación por los pasados.

Pero aun cuando sea tan diametralmente distinto el objetivo de cada uno de estos derechos, que pueda creerse que el Código no altera su respectiva independencia para hacerlos efectivos con completa separación, estimo útil la salvedad, anteriormente indicada, que consigna el artículo 1.372 del Proyecto, para que no aparezca, á semejanza de las obligaciones con cláusula penal, que la facultad conferida al dueño en dicho art. 520 del Código es simplemente una opción á conseguir la administración de los bienes usufructuados, como medio reparador del daño que hasta entonces hubiere podido sufrir.

Artículo 521. — Ya con ocasión del art. 469 del Código tuve necesidad de hacer una indicación de referencia al contenido de este art. 521, que al parecer, según han entendido algunos comentaristas, está destinado á afirmar el derecho de acrecer entre los usufructuarios.

Con buen acuerdo ha prescindido el Código de designar con este nombre la materia regulada por el artículo, pues desde luego se nota la impropiedad con que se trataría de aquel derecho en lugar distinto del de las sucesiones; y además la trascendencia mayor que tiene lo dispuesto en el artículo, que lo que en su caso podría corresponder al derecho de acrecer si se tratase de un usufructo constituído por título sucesorio.

Pero si en este punto el Código ha revelado verdadero acierto, no así al hacer depender la aplicación del artículo

de la circunstancia de que sean vivas, al tiempo de la constitución del usufructo, las personas en cuyo provecho éste se haya constituído.

¿Qué ha querido decir el Código al exigir esta circunstancia? ¿Lo ha hecho sólo como disposición limitativa, para que la doctrina deje de aplicarse si se trata de usufructo constituído entre varias personas, alguna de las cuales no estuviera viva al tiempo de su constitución? A ser así, no se vería ciertamente la necesidad de solución distinta para uno y otro caso.

¿Lo ha hecho como disposición prohibitiva, dando á entender que no pueda constituirse usufructo en favor de personas que no vivan al tiempo de su constitución? Aunque esto pudiera creerse en atención á lo dispuesto en los artículos 781 y 787 del Código, como al fin la doctrina de estos artículos sólo podría ser eficaz tratándose de instituciones sucesivas, y por tanto con carácter de sustitución, siendo así que lo establecido en el art. 521 lo mismo puede ser aplicable á los usufructos sucesivos que á los usufructos simultáneos, no se ve tampoco el interés que aquella circunstancia pueda tener para que, independientemente del carácter simultáneo ó sucesivo, el usufructo subsista hasta la muerte del último sobreviviente.

Por esto no puedo menos de considerar que, aunque el Código exija semejante circunstancia, ni ha tenido por objeto impedir la aplicación de dicho artículo al caso en que, ya se trate de usufructos simultáneos ó sucesivos, recaiga cualquiera de estos llamamientos en alguna persona que no exista todavía al tiempo de la constitución del usufructo, ni se ha propuesto tampoco impedir indirectamente la validez ó eficacia de semejantes llamamientos, ni existe por lo mismo verdadera necesidad de mantener aquella condición para que el usufructo establecido en favor de varias personas pueda, en su caso, responder á la eficacia jurídica del derecho de acrecer y, en todo caso, subsistir

mientras sobreviva alguna de las personas en cuyo provecho se haya constituído.

En estas condiciones entiendo que lo que principalmente interesa es prescindir, desde luego, de semejante circunstancia, para evitar siquiera las dudas ó cuestiones á que puede dar lugar la necesidad de fijar su inteligencia y la incertidumbre de los derechos que pueden originarse con tal motivo: y por lo mismo, procurando además aclarar los conceptos relativos á las distintas situaciones en que puede tener aplicación la disposición de que trato, para señalar de esta suerte con precisión los efectos reservados á la misma, he formulado en el Proyecto el artículo 1.373, aceptando, á semejanza del Código, bien que con omisión de la frase de "personas vivas", la doctrina que con referencia á la extinción del usufructo establece cuando se trata del constituído á favor de varias personas, autorizada como está semejante constitución por el artículo 469 del mismo Código.

Artículo 522. — Nada tendría que observar acerca de este artículo si no fuera una buena muestra de la falta de verdadero criterio jurídico con que son consideradas en el Código la mayor parte de las instituciones.

Sus últimas palabras, declarando que verificada la entrega de la cosa usufructuada se cancelará la *fianza* ó *hipoteca,* revelan una vez más la dificultad de poder tomar, en la aplicación ó práctica del Código, las disposiciones que éste contiene según su redacción.

Distinguiendo aquí entre la fianza y la hipoteca, cuando no lo hace al tratar en el núm. 2.° del art. 491 de la garantía que está obligado á prestar el usufructuario antes de entrar en el goce de los bienes, ni tampoco en el 509 al referirse á la garantía que impone al dueño para la obligación que según dicho artículo le resulta en caso de expropiación, revela que, así como en unos casos el concepto de fianza está empleado (si bien impropiamente, según ya

En el Proyecto existe también en el título preliminar del libro 4.° (cap. 3.° de dicho título) lugar destinado á tratar de los derechos intransmisibles; pero considero que, en este punto, aun á trueque de que resulte con tal motivo una repetición, no está de más establecer en este lugar la referida consecuencia, para que no pueda creerse que es posible realizar en procedimientos de justicia, por embargo ú ocupación de los Tribunales, la acción de los acreedores sobre la utilidad del usuario, sin tener presente que el uso queda desnaturalizado desde el momento en que por cualquier circunstancia no responda al disfrute *personal* de esta misma utilidad. Así lo han considerado igualmente algunos Códigos extranjeros, pues lo mismo el de Guatemala (art. 1.391), que el de Méjico (art. 1.039), que el de la República Argentina, entre otras legislaciones modernas, han consignado expresamente que no son materia de embargo los derechos de uso y de habitación.

Artículos del 526 al 529.—Nada he de observar en concreto acerca del contenido de estos cuatro artículos, cuyas pequeñas variantes en cuanto á su claridad y precisión aparecen á simple vista en los artículos correspondientes del Proyecto.

Lo esencial, tratándose de estas instituciones, no consistía ciertamente en su desarrollo, que viene á ser la materia de los referidos artículos. Dependía, por el contrario, según he hecho observar con ocasión de los artículos anteriores, de la determinación de su especial naturaleza jurídica, de la calificación de sus condiciones esenciales, y como consecuencia de esto mismo, de la posposición, por decirlo así, de la libertad individual á la ley en todo lo relativo á estos extremos fundamentales; particulares acerca de los cuales, una vez consignadas las disposiciones de los artículos desde el 1.375 al 1.378 del Proyecto, bastaba tan sólo lo prevenido en el 1.379 para trazar el referido deslinde entre la acción de la ley y la de la liber-

tad particular, aparte de la doctrina formulada en el artículo 1.385, para ofrecer, como decía, moldes legales que, con ocasión de la servidumbre de uso, hagan innecesario estatuir otra clase de servidumbres para dar cabida en el derecho á las necesidades que por dicha disposición pueden quedar satisfechas.

CAPÍTULO TERCERO

Del anticresis.—(Capítulo IV, título XV, libro IV del Código Civil.)

Bien se comprende, por lo que hube de exponer al comienzo ó introducción de esta Parte especial, que forzosamente ha de resultar truncado, en este lugar, el orden de los artículos del Código.

Tratando éste de la anticresis entre los contratos, no llega á dicha institución hasta el artículo 1.881. Mas aunque no sea este el momento de tratar el contrato del anticresis, como al fin el Código sólo se ocupa de esta institución en el citado art. 1.881 y siguientes, á ellos tengo necesidad de acudir para presentar esta materia según en el Código aparece desenvuelta, si bien, como es natural, procurando siempre dejar aparte cuanto haga referencia al mero contrato ó título de su constitución, para fijarme exclusivamente en la naturaleza y efectos de esta institución, como verdadero derecho real, que por medio de contrato pueda ser constituído.

Sólo este enunciado indica claramente que el anticresis, objetivamente considerado, es algo distinto é independiente del modo como puede establecerse.

Si el anticresis no consistiese precisamente en una forma de sujeción de los bienes inmuebles, en algo referente al aprovechamiento de sus utilidades, y que interesa, por tanto, á las instituciones del derecho de propiedad, no habría contrato de anticresis. El anticresis no es un

hecho como, por ejemplo, la venta; es una situación de los bienes, y á mostrar precisamente estas distintas situaciones de los mismos está destinado el derecho de propiedad.

Por esto resulta verdaderamente un contrasentido hablar del contrato de anticresis sin que entre las instituciones del derecho de propiedad aparezca reconocido el derecho real en que consiste el anticresis; y he aquí por qué, como indicaba, el Código, más bien que del contrato de anticresis, trata del anticresis como derecho real y, por tanto, como forma de propiedad al hacerlo bajo la designación de uno de los contratos.

Véase por qué, dada la falta de sistema del Código, es indispensable acudir á los mencionados artículos, en los que, si bien bajo el epígrafe general de contrato de anticresis, se desenvuelve en el fondo el derecho real que el mismo constituye.

Artículo 1.881.—Lo dispuesto en este artículo resultaría insuficiente, á buen seguro, para dar á conocer la naturaleza jurídica del anticresis, si por otra parte no vinieran á aclarar, en cierto modo, los conceptos indispensables para conocer el alcance de esta institución, los tres artículos siguientes.

No puedo menos, sin embargo, de indicar que sólo en cierto modo se consiguen por ellos las aclaraciones necesarias; porque, siquiera en tres puntos esenciales, resulta verdaderamente perplejo el sentido con que el Código trata de esta institución.

Si es ó no derecho real el que, según el art. 1.881, adquiere el acreedor; si á él incumbe ó no, en las fincas rústicas, el cultivo ó cuanto corresponde practicar para su producción; y si la venta del inmueble, á cuyo acto hace referencia el art. 1.884, ha de poder ser provocada en todo caso ó sólo en el que menciona dicho artículo, para conseguirla con eficacia hipotecaria ó distinta de la que á la

hipoteca corresponde, son los tres particulares sobre los cuales, según hacía presente, no consigna el Código declaración alguna capaz de desvanecer las dudas á que puede dar lugar la determinación de la naturaleza jurídica y de los efectos de la institución del anticresis.

El primero de dichos particulares afecta, como desde luego se observa, á si el anticresis limita ó no las facultades del dueño hasta el punto de no poder ser privado el acreedor del goce del inmueble por un tercero que lo adquiera.

El segundo se refiere á si el acreedor tiene exclusivamente la posesión y administración de la cosa, ó la conserva igualmente el dueño en todo lo concerniente á su cultivo ó producción.

Y el tercero se encamina á determinar si la eficacia del anticresis ha de concretarse únicamente al percibo de los frutos de la cosa, ó alcanza á la cosa misma, de igual suerte que acontece en la prenda y en la hipoteca.

El Código sólo consigna, en el art. 1.883, que el deudor no puede readquirir el goce del inmueble sin haber pagado su deuda, pero nada establece respecto al tercer adquirente; habla en el art. 1.882 de las contribuciones, cargas y gastos necesarios para la conservación y reparación de la finca, y nada previene acerca de su administración, señaladamente respecto al cultivo ó producción de la misma; y si bien en el citado art. 1.884 hace referencia á la posibilidad de provocar la venta del inmueble, no sólo lo concreta á un caso determinado, sino que además tiene buen cuidado de expresar que ha de hacerse conforme á la ley de Enjuiciamiento civil, sin decir una palabra respecto á las facultades que para semejante enajenación reconoce la ley Hipotecaria al acreedor con hipoteca (art. 133 de dicha ley).

He aquí cómo resultan en descubierto tres elementos importantísimos para fijar el verdadero valor del anti-

lejos de mostrarse como se muestra con un valor enteramente absoluto, que ha de hacer siempre difícil, cuando no verdaderamente imposible, la aplicación de las demás disposiciones, entre ellas la del art. 525, tenga, por el contrario, un valor meramente relativo á las notas ó elementos esenciales determinantes de la respectiva naturaleza de las mencionadas servidumbres de uso y de habitación.

Fácilmente se comprende que si el art. 525 del Código sólo es aplicable, según el art. 523, en defecto de disposición reguladora en el título constitutivo, resultaría que los derechos de uso y de habitación se podrían arrendar, traspasar y provocar de esta suerte toda clase de complicaciones jurídicas, por no llamarlas verdaderos absurdos, ante el disfrute necesariamente personal del usuario ó del que tiene derecho de habitación, que, á diferencia del aprovechamiento de la cosa en el usufructo, llevan consigo las servidumbres de uso y de habitación, si en el título constitutivo de cualquiera de estos derechos se estableciese precisamente lo contrario de lo que dispone dicho art. 525 del Código

¿Existe realmente esta libertad para desautorizar, por el título constitutivo, lo que como esencial á la naturaleza jurídica de los expresados derechos establece el mencionado art. 525?

A pesar de lo dispuesto en el Código, no puedo menos de creer que no; pues otra cosa, como indicaba, pondría además de relieve la consecuencia anteriormente deducida de la falta de criterio del Código acerca del valor jurídico de estos derechos, y de la exactitud con que podría afirmarse que sólo es uso ó habitación lo que el particular quiere que lo sea.

Artículo 524. — Este y el artículo siguiente son los dos preceptos que el Código destina á fijar la naturaleza de las servidumbres de que me ocupo, aunque en el Código

se designan como derechos especiales restrictivos ó limitativos del dominio.

Dedicado ante todo el art. 524 á definir, por decirlo así, el derecho de uso y el de habitación, no puedo menos de hacer presentes varias reformas que á mi juicio son necesarias, tanto para caracterizar el verdadero concepto de cada una de dichas instituciones como para evitar la incertidumbre que, en cuanto á su alcance y efectos, resulta de sus términos según el Código.

La sola comparación de este artículo con los 1.375, 1.376 y 1.385 de mi Proyecto revela desde luego los puntos á que se refieren las reformas que propongo.

Son éstas, según indicaba, de dos clases: unas relativas principalmente á la servidumbre de uso en lo peculiar al objeto sobre que puede recaer, y otras comunes á la servidumbre de uso y habitación, en lo referente á su alcance ó condiciones esenciales que las caracterizan, independientemente de su objeto respectivo.

En cuanto á las primeras, entiendo que es necesario precisar cuáles son los objetos susceptibles de la servidumbre de uso. Se dirá que indirectamente lo consigna el Código, completándose el párrafo primero del art. 524 con el 355, que define los frutos, ya sean naturales, industriales ó civiles.

¿Es esto exacto? He aquí verdaderamente las dudas que podrían originarse por lo preceptuado en el artículo.

Si la percepción de frutos á que se refiere el art. 524 del Código no se concreta á los naturales y á los industriales, en una palabra, á los que son verdaderas producciones espontáneas de las cosas, ó derivados de las mismas á beneficio del cultivo ó del trabajo, sino que se extiende á los llamados frutos civiles ó utilidades obtenidas con ocasión de las mismas cosas por arrendamiento ú otra cualquiera forma indirecta de aprovechamiento, mostraríase ciertamente como objeto posible de la servidumbre de uso

toda cosa susceptible de propiedad, porque todas ellas, y mayormente no siendo fungibles, ya se trate de inmuebles ó de muebles, ya de las productivas, ya de las propiamente estériles, permitirían aquella forma indirecta, cuya retribución ó estipendio, por su alquiler ó préstamo, es reputado legalmente como fruto civil.

Sorprende en verdad que el Código haya tratado de referirse á esta clase de frutos; pero se descubre claramente que de su inclusión ó exclusión entre aquellos á que hace referencia el mencionado párrafo primero del artículo de que me ocupo, depende que sean todas las cosas, ó solamente algunas, las que pueden servir de objeto del llamado derecho de uso.

Los términos del artículo parecen referirse á los frutos susceptibles de consumo material. Este era el criterio de nuestro antiguo derecho en lo relativo á los frutos utilizables por la servidumbre de uso, y lo confirmaba doblemente (ley 22, tít. XXXI, Partida 3.ª) la circunstancia de no implicar la necesidad de la entrega de la cosa, que sería propiamente indispensable para poder obtener fruto civil con ocasión de la misma.

Sin duda por esto el art. 525 sólo declara que no se pueden arrendar ni traspasar los derechos de uso y habitación, sin expresar cosa alguna respecto al arrendamiento ó traspaso de las cosas sobre que dichos derechos recaen, considerando probablemente que no era necesario hablar de éstas por no implicar su entrega, por parte del dueño, ó su apoderamiento por parte del usuario, la constitución de la mencionada servidumbre.

Mas como, al fin, nada establece el Código sobre este último particular, que, á mi juicio, es indispensable fijar legalmente, según lo hacen algunos Códigos extranjeros y lo consigna igualmente en su art. 1.380 el Proyecto que acompaño, se ve, conforme hacía presente, que aun este importantísimo extremo podía ser motivo de interesantes

y fundadas dudas, respecto á la naturaleza de la servidumbre de uso, en cuanto al objeto sobre que puede recaer, según se admitan ó no los frutos civiles, en la referencia que á los frutos hace el art. 524 del Código.

Los precedentes de nuestro derecho, así los de nuestra antigua legislación como los de la Romana; la misma ley de Bases (base 12), que exige se mantengan, en cuanto á estos derechos, los principios y prácticas del derecho de Castilla; la separación entre el derecho de uso y el de usufructo, que difícilmente aparecería marcada tratándose de los frutos civiles que pueden obtenerse de las cosas; y, sobre todo, la contradicción de principios, por no llamar absurdo jurídico, que vendría á resultar por la admisión de los llamados frutos civiles, toda vez que no podría servirse de la cosa el usuario, siendo así que podría hacerlo un tercero de quien se obtuviera el fruto civil que á aquél perteneciese, me han decidido á excluir expresamente esta clase de frutos, concretando la utilidad jurídica de la servidumbre de uso (art. 1.375) á la percepción y al consumo de los frutos y con la condición de que bajo ningún concepto pueda el usuario obtener retribución ó estipendio en consideración á los mismos.

Este criterio, por el que se precisa, conforme á nuestro antiguo derecho, el valor jurídico del concepto que ofrece el Código acerca del objeto de la servidumbre de uso, habría implicado, como parece que resulta de semejante concepto del nuevo cuerpo legal, la imposibilidad de admitir como objeto de la referida servidumbre á las cosas que no producen fruto, y aun podría añadir á ciertas utilidades que como, por ejemplo, la facultad de cazar ó la de apacentar rebaños, etc., en una finca determinada, son calificadas por algunos Códigos, entre ellos el alemán (artículos 1.044 y siguientes), con el nombre de servidumbres de uso restringido, que responden en realidad á la utilización personal de cosa ajena para servirse mera-

que el interés, que se caracteriza por la relación ó proporción entre el capital y su producto convenido, careciese de tipo ó fijación determinada.

Precisamente la misma disposición legislativa fijaba el tipo regulador para los intereses legales; y si no oponía dique alguno para que los particulares, en sus convenciones, pudieran fijar libremente el tipo regulador que caracterizase en cada pacto el interés estipulado, exigía naturalmente que, por lo menos, este tipo se fijase; porque sin hacerlo bien puede decirse que, en realidad, no hay interés pactado, en una palabra, determinación concreta y precisa de la relación ó proporción entre el capital y su producto.

Por esto entiendo que no hay posibilidad de confundir la libertad para contratar el interés con la necesidad de señalar algún tipo determinado por el cual se caracteriza; y por esto entiendo que, en lo referente á la institución del anticresis, ha habido verdadero error al considerar amparado por dicha ley el pacto de percibir frutos por intereses y, por tanto, la calificación de interés á toda prestación que no esté calificada por un tipo determinado que señale la proporción en que los particulares convengan el producto del capital de sus préstamos.

He aquí por qué indicaba que la ley del año 1856 y cuantas disposiciones se han dictado en defensa de la libertad para contratar el tipo del interés, nada tienen que ver con el anticresis; porque después de todo, sea mayor ó menor el tipo de los intereses convenidos, mientras no quepa en esta institución tomar ó percibir frutos por intereses, siempre será una necesidad imperiosa de la misma la rendición de cuentas por parte del acreedor, y un efecto expresivo de su propia naturaleza la garantía ó medio de pago en favor del capital del crédito respectivo, por la expectativa que, mediante la cuenta correspondiente, resulte respecto al remanente ó resto del importe de los fru-

tos, una vez deducido el de las contribuciones ó cargas, el de los gastos y el de los intereses.

Aceptar ó admitir el anticresis de otra suerte, como al parecer admite el Código por su art. 1.885, y que quizás por esto no se ocupa en ninguno de sus artículos de la rendición de cuentas por parte del acreedor, equivaldría, no sólo á introducir una perturbación en el régimen de las instituciones anteriormente referidas, sino á autorizar la administración de fincas ajenas sin la obligación de dar cuentas, y á contradecir el mismo art. 1.881, así privando de garantía al capital del crédito, según ya he referido, como privando de medio de contrastar si se cumple ó no la obligación á que hace referencia dicho artículo.

Véase, pues, cuántas y cuán importantes son las reformas que necesita el mencionado art. 1.881 de que me estoy ocupando. Conferir carácter de *derecho real* al que, sin esta calificación, es asunto de su contenido; no limitarlo al percibo de los frutos, sino extenderlo al disfrute del inmueble; no precisar que este haya de ser del deudor, sino admitir también que pueda ser de un tercero; y por último, no privar, mediante la sustitución de frutos por intereses, llamada compensación en el art. 1.885, de medio de comprobación al cumplimiento de la obligación de que trata dicho art. 1881, ni de garantía al capital del crédito al que el mismo se refiere, puntos son todos que están convenientemente resueltos en los artículos 1.386, 1.389 y 1.390 del Proyecto que acompaño.

Artículo 1.882. — El fondo de este precepto se refiere, según aparece de sus términos, á lo que podría llamarse la administración del inmueble concedido en anticresis. Pero ya hacía presente poco ha que, sin duda preocupándose el Código, más bien que de la realidad jurídica de esta institución, de la práctica abusiva que en el derecho se le ha dado, por la estipulación en que se sustituyen frutos por intereses, á que hace referencia la llamada com-

pensación en el art. 1.885, sólo se ocupa el 1.882 de la tributación y conservación de la finca dada en anticresis, y no de la producción ó cultivo de la misma.

Sobre este punto tan importante de la administración nada expresamente se consigna. Si los particulares no convienen acerca de él, la ley crea la perplejidad en lugar de suplir su silencio; porque aun cuando el art. 356 del Código trate en general del abono de gastos sobre el percibo de frutos, en orden á la administración de las fincas es cuestión tanto ó más importante que la de la cuenta y abono de lo gastado para su producción, recolección y conservación, la de determinar á quién corresponde la facultad de realizar todos estos actos de que depende á su vez la libertad de dedicar el cultivo á una ú otra clase de productos.

Si el anticresis consistiera únicamente, como expresa el art. 1.881, en percibir los frutos de un inmueble, desde luego se advierte que el precepto nada prejuzga acerca de la persona á quien corresponde producirlos; pudiendo, por tanto, realizarse el hecho del percibo á que el artículo se refiere, aun cuando la producción dependa del mismo deudor ó de un tercero á quien éste la encomiende, ó de un tercero que fuese dueño del inmueble, si también en esta forma cabe constituir el anticresis mediante una interpretación lata de lo dispuesto en el art. 1.886 del Código.

Si en cambio se supone que lo dispuesto en el art. 1.883 implica la imposibilidad de que el deudor siga teniendo la finca, pasando ésta á poder del acreedor, es forzoso reconocer que el derecho adquirido por el anticresis no consiste solamente en percibir los frutos, como expresa el art. 1.881, sino que se extiende al goce ó disfrute del inmueble, según viene á dar á entender el art. 1.883, disponiendo que el deudor no puede readquirir el goce referido sin haber pagado á su acreedor.

Esta sencilla indicación, en la que, como se ve, aparece

que el Código hace uso en dicho art. 1.883 de la expresión *el goce del inmueble*, idéntica á la que emplea en el artículo 491 respecto al usufructuario, como característica de su derecho al disfrute de los bienes, revela claramente que lo que en realidad se establece por medio del anticresis es el usufructo de los mismos, aun cuando éstos se concreten tan sólo á los inmuebles y se condicione á semejante usufructo con la obligación á que hace referencia el mencionado art. 1.881.

De esta suerte bien puede considerarse (y es lástima que tratándose de un Código sea preciso fiar este extremo al terreno de la hipótesis) que la administración ó régimen de la finca entregada en anticresis corresponde al acreedor, aun cuando nada consigne sobre este particular, ni aun para el efecto de las deducciones que corresponda hacer sobre el importe de los frutos, al objeto de fijar el líquido aplicable á la satisfacción del crédito, el art. 1.882 en que se ocupa de esta especie de balance que ha de servir para precisar la eficacia de la garantía ó medio de pago que se constituye por el anticresis.

Pero ya también hacía presente que cuanto acabo de indicar respecto á la administración del inmueble es en el supuesto de que, según el art. 1.883, implique el anticresis un verdadero usufructo.

El Código, sin embargo, parece no haberse atrevido á consignarlo expresamente, y por esto manifestaba que el artículo 1.882, de que me estoy ocupando, requiere la importante reforma de fijar lo referente á la administración, para que en punto á esto no quepa divagar entre la diversidad de criterios que muestran también los Códigos extranjeros, al ocuparse del anticresis, para atribuir algunos, como el de Guatemala (art. 214), el de Uruguay (2.307), el Chileno (2.348) y aun el de Portugal, al hablar de la consignación de rentas (874), el carácter de arrendatario al acreedor anticrético para los efectos de la adminis-

tración de la finca, así como otros, como el de Méjico (artículos 1.929 al 1.931) y el de la Repúbliea Argentina (11 y 20 del título relativo al anticresis), se pronuncian por el mandato en cuanto á la administración y por el usufructo en todo lo demás que al anticresis se refiere.

Conocer, pues, si la administración de una finca concedida en anticresis ha de regularse por las disposiciones del arrendamiento, ó por las del mandato, ó por las relativas al usufructo, es punto que, como se ve, interesa que se fije claramente, aun cuando dentro de sus respectivas condiciones puedan los particulares establecer lo que estimen conveniente, á fin de que ni el acreedor perjudique al deudor en la clase de producción y operaciones de cultivo que realice, ni el deudor pueda dificultar la acción del acreedor en los extremos á que se refiere la producción y recolección de los frutos.

Por esto no he reparado en el Proyecto en consignar resueltamente (artículos 1.386, 1.391 y 1.392) que es precisamente el usufructo el derecho que confiere el anticresis, si bien limitado ó condicionado, como anteriormente indico, por la obligación á que hace referencia el art. 1.881 del Código; pudiendo decirse con tal motivo que el anticresis es propiamente un usufructo de garantía destinado á servir de medio de pago, en el cual, aparte de estas circunstancias y del consiguiente apoderamiento de la cosa, tiene el acreedor anticrético su administración de propio derecho, si bien con la obligación de rendir cuenta justificada de sus funciones y en las condiciones peculiares del usufructo; caracteres que constituyen desde luego un régimen de aplicación general, salvo siempre las modificaciones que, sin alterar su esencia, los interesados acuerden introducir.

Artículo 1.883.—Tanto el primero como el segundo de los dos párrafos que comprende este artículo necesitan ser reformados, aunque desde luego se nota la distinta tras-

cendencia que necesariamente ha de tener su respectiva reforma.

En cuanto al primer párrafo, su modificación alcanza á lo que constituye la naturaleza de la institución del anticresis; alteración que de todos modos se hace indispensable, siquiera por los términos en que dicho párrafo resulta redactado.

A este último particular se concretaría únicamente la reforma si cupiese abrigar seguridad de que lo dispuesto en el primer párrafo del mencionado artículo no debiera entenderse extensivo á los herederos del acreedor; porque entonces resultaría, como á mi juicio corresponde, que el valor y efectos del anticresis, y por tanto la garantía que por él pueda establecerse, no trascendería más allá de los límites peculiares al usufructo, caracterizando de tal suerte, á semejanza de éste, el derecho de anticresis, para que, sin perjuicio del carácter real que lleve consigo el derecho que determina, se concrete solamente su valor jurídico respecto á una determinada persona.

Derecho real é intransmisible que no pasa, de consiguiente, tampoco á los herederos del acreedor en cuyo beneficio se establezca, que reune en tal concepto las condiciones peculiares á las servidumbres personales y mantiene en su virtud la analogía referida con la institución del usufructo, son las notas que, á mi juicio, distinguen al anticresis y aun le separan de las peculiares á la hipoteca y á la prenda, que no traspasan si se quiere el círculo trazado por los términos del párrafo primero del artículo 1.883, pero cuya virtualidad, según el Código, podría ofrecerse como dudosa ó incierta al observar el reparo que al parecer ha tenido para equipararle al usufructo, el empeño que ha mostrado para ocuparse de él solamente como contrato, su agrupación en un mismo título con la prenda y la hipoteca, y el silencio que guarda en todo lo relativo á su extinción.

Por más que el art. 1.257 del Código no deja de ofrecer posibilidad legal para que aun tratándose de contrato se concretara únicamente al acreedor la eficacia ó el valor jurídico del anticresis, pues en dicho artículo expresamente se reconoce que no pasan á los herederos los derechos y obligaciones procedentes del contrato cuando por su naturaleza son intransmisibles, fácilmente se nota que esta circunstancia podría prestarse á graves cuestiones y litigios, mientras la ley de un modo claro no definiera este punto, siquiera sólo fuese comprendiendo á esta institución entre las servidumbres personales, según resulta igualmente en mi Proyecto.

No diré que haya sido esto lo que quizás diera motivo á que el Código no califique expresamente de usufructo especial al anticresis. Después de todo, aunque el usufructo no pasa á los herederos, el Código admite su enajenación ó transferencia. Tal vez se diga que si el Código se hubiese propuesto hacer eficaz el anticresis con personas distintas del acreedor en cuyo favor se establezca, ya fuera por enajenación que éste hiciera, ya por sucesión del mismo, lo habría expresado de un modo análogo, al menos, al empleado en el art. 480 respecto del usufructo.

Pero como al fin el silencio del Código podría servir igualmente de pretexto para entender que la garantía ó medio de pago constituído por el anticresis deba subsistir mientras subsista la deuda que lo motiva, no puedo menos de llamar la atención sobre el referido párrafo primero del art. 1.883, puesto que semejante inteligencia, como se nota desde luego, equivaldría á ligar la suerte del derecho anticrético á la de la deuda á que haga referencia, así para transmitirlo con el crédito á un tercero, como para su transmisión á los herederos del acreedor.

Esta especie de identificación ó de solidaridad entre el anticresis y el crédito que lo motive, no podría dejar de

producir verdaderas perturbaciones al derecho de propiedad, si el anticresis ha de ser institución distinta de la hipoteca y no meramente complementaria de ésta; si la utilidad de aquélla ha de obtenerse tan sólo por los frutos, con independencia del inmueble ó su valor, y si no pudiera tener término por otra causa que por el pago previo del crédito respectivo.

¿Quién no ve que en las circunstancias que se acaban de expresar, siempre que resultare ó que fuere exigua la diferencia entre el importe de los frutos y el de los intereses del crédito, aunque aquella exigüidad fuera debida á contingencias de la producción, podría diferirse de tal modo la duración del anticresis que resultaran enteramente inútiles así el dominio como cualquiera otro derecho de propiedad sobre el referido inmueble? ¿Ha creído por ventura el Código que el anticresis, tal como lo regula, ha de ser derecho meramente personal, sin que ni aun respecto de él quepa, como en el arrendamiento, obtener efectos de derecho real por su inscripción en el Registro? Y si, por el contrario, el Código se ha propuesto admitir su inscripción, para conferirle por ella la referida eficacia, ¿cuál será, en tal caso, la verdadera situación del acreedor anticrético, así respecto al dominio como relativamente á los acreedores hipotecarios posteriores á la constitución del anticresis, si éste, por su indeterminación durante el tiempo en que pueda subsistir, puede dar lugar á que queden privados de una manera indefinida, por no decir en absoluto, de toda posibilidad de obtener utilidades de la finca así el dueño como los mencionados acreedores hipotecarios?

Ya tendré ocasión más adelante, al ocuparme del arrendamiento, de hacer presente la necesidad de considerar si debe admitirse á plazo determinado por mayor tiempo que el de la vida del arrendatario, así como, en caso afirmativo, si debe ser posible establecerlo por tan dilatado

período de años que equivalga propiamente á la perpetuidad, y si en las modernas condiciones del Registro de la propiedad deben subsistir los inscritos, cualquiera que sea el plazo por el cual se contraigan, y ser además transmisibles en sus derechos y en sus obligaciones á los herederos del arrendatario.

No es esta ocasión de ocuparme de tan importantísima materia. Para el caso actual me basta con recordar que, siempre que la utilidad de los derechos establecidos sobre la propiedad no se refiera meramente al derecho de transmisión, como ocurre, por ejemplo, en la hipoteca y la prenda, sino que se extienda ó se concrete principalmente al derecho de disfrute, llevando, por lo mismo, consigo el apoderamiento de la cosa y el régimen de la misma, según acontece en el anticresis, por modo análogo al usufructo y demás servidumbres personales (ó derechos modificativos del dominio, según el Código), ni puede ser indiferente al dueño la persona del que administre, ni la ley ha de alentar la indiferencia de aquél respecto de la persona que ha de cuidar de sus bienes, ni dar lugar á que pueda perpetuarse, de un modo enteramente indefinido, la separación entre el dominio y el disfrute de las cosas.

He aquí un punto que no puede menos de tenerse presente al tratar del anticresis; pues como hacía notar respecto al párrafo 1.º del art. 1.883 del Código, aun cuando á primera vista parezca perfectamente correcta su doctrina, en una palabra, que el deudor no pueda readquirir el goce del inmueble sin haber pagado antes lo que debe á su acreedor, fácilmente se observará que si bien aquella corrección de principios no expone á contingencias mientras el valor de lo dispuesto se concrete á la persona del acreedor y no se extienda á sus herederos ni á un tercer adquirente, expone en cambio á todos los riesgos anteriormente referidos desde el momento en que, por empe-

ñarse en atribuir solidaridad entre el anticresis y el crédito anticrético, se entregue la duración y la suerte del primero á los cambios, transferencias ó enajenaciones que con el último se pueden realizar.

No puede olvidarse en este asunto que ni aun tratándose de la hipoteca ó de la prenda, en que el derecho de propiedad del acreedor no lleva consigo el de disfrute de la cosa pignorada ó hipotecada, ni limita, por tanto, las facultades del dueño en su cuidado, conservación y producción, existe una perfecta solidaridad entre el crédito y sus garantías.

Distinta su naturaleza y distintas también las acciones que producen, se puede sin dificultad alguna llegar á la cancelación de la hipoteca sin necesidad de que se extinga ó desaparezca el crédito, en una palabra, que termine el derecho real y subsista, sin embargo, el derecho personal.

Con mayor razón, si cabe, debe existir en el anticresis semejante separación, sobre todo á fin de que, sin perjuicio de la utilidad y de la vida jurídica del crédito respectivo como tal, y en la esfera, por tanto, de los derechos personales, así para transmitirlo á un tercero como para que por sucesión pase á sus herederos, se desenvuelva el derecho real de anticresis, la acción, en una palabra, sobre la finca anticrética para cuanto interese á su disfrute, únicamente entre las personas del acreedor y el dueño, que son aquellas entre quienes se constituye y entre quienes existen, por sus circunstancias personales, las condiciones necesarias para confiar el cuidado y conservación de los bienes.

A esto responde la disposición del art. 1.388 del Proyecto, en armonía con lo prevenido en el 1.386 y 1.391 del mismo, que por lo menos aclara si es que no reforma ó modifica lo establecido en el citado art. 1.883 del Código, según sea la interpretación que á éste se atribuya respecto á los particulares de que he hecho mención; dispo-

sición del Proyecto perfectamente armónica con el carácter de usufructo atribuído al anticresis, y que lo sería igualmente con lo prevenido en el art. 1.883 del Código, si al usufructo se refiere también al hablar como habla del goce del inmueble sobre el cual el anticresis se encuentre constituído.

Pero ya decía que, cualquiera que sea la inteligencia que se atribuya á dicho artículo del Código, es indispensable igualmente reformar de algún modo la redacción que contiene el primero de sus párrafos.

El carácter de generalidad que reviste la exigencia de que el deudor haya pagado enteramente á su acreedor lo que le debe, se presta fácilmente á sostener que no basta el pago del crédito que motive el anticresis para la readquisición por el deudor del goce del inmueble, sino que sea indispensable para conseguirlo que no tenga deuda pendiente con el acreedor anticrético.

Como entiendo, sin embargo, que no ha sido este el propósito del Código, teniendo presente para ello lo dispuesto en el párrafo 2.° del art. 1.866, que declara aplicable al anticresis el art. 1.886 del Código, puesto que la especie de prórroga del anticresis sólo resulta autorizada para las nuevas deudas que á su vez sean exigibles antes de haberse satisfecho la que dió lugar al anticresis, estimo que debería modificarse en lo necesario la actual redacción del párrafo 1.° del art. 1.883, para que no pueda entenderse que la readquisición del goce del inmueble depende de la extinción de toda deuda, y sí sólo de lo debido por aquella que motive la constitución del anticresis.

En cuanto al párrafo 2.°, lo que primero ocurre es afirmar la inutilidad de la disposición.

Con decir que, después de todo, tampoco es indispensable prevenir que el acreedor pueda renunciar al anticresis, está propiamente salvado el fin que se propone el Código en dicho párrafo 2.°

Si en el Proyecto se consigna semejante afirmación (artículo 1.395), es precisamente porque no autoriza á establecer pacto alguno contra la libertad de la renuncia, y además por la trascendencia que necesariamente ha de tener semejante renuncia, respecto al crédito de que se trate, siempre que el anticresis, en lugar de haberse constituído como mera garantía, se haya constituído, por el contrario, como medio de verificar el reembolso.

Por lo demás, será siempre una redundancia consignar, como hace el Código en dicho párrafo 2.°, que la especie de renuncia á que se refiere haya de ser motivada para librarse el acreedor de las obligaciones que le impone el anticresis, así como será fácil resulte una disposición propiamente impracticable consignar también que el acreedor pueda siempre obligar al deudor á que entre de nuevo en el goce de la finca, cuando en realidad esto no constituye materia para una verdadera obligación, ha de depender en todo caso de la voluntad del deudor, y aun cabría añadir que muchas veces podrían ser obstáculo á lo mismo que el Código dispone las circunstancias especiales del deudor respecto de otros acreedores, bien fuese por causa de embargo ó secuestro, bien por ocupación decretada de sus bienes en los casos de concurso ó de quiebra.

Artículo 1.884. — Loable es ciertamente, aunque no fuera de absoluta necesidad, la protesta contra el pacto comisorio que contiene este artículo del Código.

Sería siempre cosa extraña y desprovista de principios de justicia que, reduciéndose el derecho de anticresis á la utilidad especial de los frutos de una finca, llevara consigo la pérdida del dominio de la finca por falta de pago del crédito en el plazo convenido.

El Código, sin embargo, ha considerado que estaba en el caso de prevenir los extremos á que en los préstamos la codicia puede conducir, y ha establecido al efecto la

sanción de nulidad contra todo pacto por el cual se pretendiera cohonestar la referida pérdida del dominio de la finca.

No es mi ánimo alterar en lo más mínimo semejantes previsiones del nuevo Cuerpo legal. Pero entiendo, no obstante, que es indispensable reformar lo demás que contiene el mencionado artículo, así para aclarar un concepto que considero mal expresado, como para precisar otro cuya trascendencia podría afectar á la naturaleza del contrato de anticresis y del derecho real á que puede dar lugar.

En sentido aclaratorio he de indicar la reforma á mi juicio necesaria de lo prevenido en la primera parte del último inciso de dicho artículo.

Al decir el Código "pero el acreedor en *este caso* podrá pedir, etc., etc.", á buen seguro que no habrá pretendido, como al parecer resulta, limitar la referida facultad al caso en que se haya estipulado el comiso para la finca anticrética, sino que lo que probablemente ha querido decir el Código es que en *todo caso*, si el anticresis se ha constituído como garantía, y por lo mismo aun en aquel en que se haya estipulado el comiso, cuyo pacto ha de quedar ineficaz por lo prevenido en dicho párrafo 2.° del artículo de que me ocupo, podrá el acreedor, cuando deje de pagarse la deuda en el plazo convenido, reclamar el pago de la deuda ó la venta del inmueble en la forma prevenida por la ley de Enjuiciamiento civil.

También considero que sería conveniente aclarar esta última expresión relativa á lo que puede ser objeto de la reclamación del acreedor, toda vez que la alternativa que ofrece el Código en este punto podría prestarse á sostener que pueda pretenderse la venta del inmueble sin necesidad de formalizar la reclamación del pago de la deuda. Aun cuando la salvedad relativa á la forma prevenida por la ley de Enjuiciamiento civil puede servir cierta-

mente para evitar tal pretexto, desde luego se nota que esto habría de ser resultado de una interpretación sobre la cual podrían ser muy variadas las versiones, dada la referida alternativa que el Código consigna. Si también el Proyecto la mantiene (párrafo 2.° del art. 1.396), se observará, sin embargo, que expresamente previene también que la venta del inmueble haya de tener lugar como *efecto del embargo que se consiga,* con lo cual desaparece la indicada dificultad por la necesidad que según la ley de Enjuiciamiento existe de formalizar la reclamación de pago para alcanzar el embargo.

Este último particular contenido en el Proyecto no sirve sólo como medio aclaratorio de la referida alternativa consignada en el citado artículo del Código. Su misión alcanza á precisar además el fundamento de la enajenación que se faculta á promover; punto acerca del cual, según hacía presente hace poco, es indispensable que la ley se pronuncie con claridad, para que no pueda entenderse que la venta del inmueble es efecto del anticresis y, por tanto, de la sujeción que determina en la finca, en lugar de ser, como á mi juicio corresponde, efecto únicamente de la existencia del crédito que motiva el anticresis, y, por consiguiente, de la obligación principal en cuya virtud puede ser reclamado por acción personal.

Si el Código, en vez de guardar silencio sobre el carácter de derecho real correspondiente al anticresis, lo hubiera declarado derecho exclusivamente personal, adoptando en este punto el criterio de algunos Códigos extranjeros, como el italiano (art 1.897), el chileno (artículo 2.438), el de Guatemala (art. 2.017) y el de la República Oriental ó del Uruguay (art. 2.305); si, en suma, no fuera posible su inscripción en el Registro, teniendo presente que el art. 2.° de la ley Hipotecaria solamente autoriza la inscripción de los contratos de arrendamiento, no tratándose de actos ó contratos traslativos del dominio

sobre inmuebles ó relativos á derechos reales sobre los mismos, nada tendría que exponer acerca de dicho punto.

Mas teniendo presente la naturaleza jurídica del anticresis, tratándose como se trata, aun según la letra del Código, de un derecho de disfrute de inmuebles, determinado por el goce de los mismos y la percepción de sus frutos; siendo por lo mismo posible que por tan señaladas notas se le atribuya carácter de derecho real ó se autorice, por lo menos, su inscripción en el Registro, fácilmente se descubre la trascendencia que necesariamente ha de tener, para los efectos de la realización del inmueble, el mencionado punto, llamado á determinar si semejante efecto (el de promover la venta) es inherente al anticresis ó, por el contrario, independientemente de esto, resultado tan solo del derecho personal que, con anticresis ó sin él, lleva consigo la existencia del crédito.

Sin que tenga necesidad de desenvolver este extremo, es tan significativa la indicada trascendencia, que de resolverse en un sentido ó en otro depende el que la institución del anticresis sea distinta de la hipoteca ó meramente complementaria de ésta, así como que el derecho que produzca constituya ó no una amenaza, tanto para los acreedores hipotecarios como para cualquiera otra persona que tenga un derecho real establecido con posterioridad á la constitución de aquél.

Artículo 1885.—Recordando lo que tengo expuesto al tratar del anticresis en general, é igualmente acerca del art. 1.881, se comprenderá que, á mi juicio, corresponde la supresión del mencionado art. 1.885.

Ya dije entonces que la compensación á que este último se refiere, ni es necesario estipularla especialmente después de lo prevenido en el art. 1.881 acerca de la aplicación de los frutos, ni habrá tenido seguramente otro objeto que traducir su precepto, con el modesto nombre de compensación, el verdadero abuso que la práctica

había en cierto modo sancionado, admitiendo con el nombre de anticresis la sustitución de frutos por intereses.

No he de repetir, por tanto, las indicaciones hechas en demostración de cómo por este proceso se desnaturaliza enteramente el anticresis, privando de garantía al capital prestado, privando al deudor ó al dueño del inmueble de la fiscalización y utilidad consiguiente á la rendición de cuentas, y convirtiendo propiamente el anticresis en una especie de compra aleatoria de frutos por precio indeterminado.

Estas y las demás indicaciones que antes de ahora he expuesto me han decidido á prescindir en el Proyecto de esta disposición, tan innecesaria como perturbadora.

Artículo 1.886. — Después de lo que dejo consignado acerca de la aplicación que según este artículo puede tener en el anticresis lo prevenido en el último párrafo del art. 1.857 y el párrafo 2.° del 1.866, réstame tan sólo decir algunas palabras acerca de la aplicación de los artículos 1.860 y 1.861, autorizada igualmente.

Ocúpase el primero de estos dos últimos preceptos del Código de lo que denomina indivisibilidad de la prenda y de la hipoteca, que, por lo visto, sostiene igualmente para el anticresis el referido art. 1.886. Y digo que trata el 1.860 de lo que llama indivisibilidad de la hipoteca y la prenda, porque no se ve claramente si su objeto es afirmar este principio para que, con preceptos y sin ellos, se aplique á todos los efectos de la hipoteca ó de la prenda, ó si, por el contrario, el objeto del artículo es regular la indivisibilidad de los citados derechos reales para que el valor jurídico de dicha cualidad indivisible quede regulado y se limite, de consiguiente, á lo que preceptúa dicho artículo.

Como en este último caso sobraría propiamente la declaración que contiene el párrafo 1.°, puesto que el valor del artículo sería el mismo si se limitara á los demás

párrafos que forman su contenido, no puedo menos de considerar que el propósito del legislador ha sido el primero de los dos que acabo de indicar y, por tanto, el de que la indivisibilidad de la hipoteca y de la prenda se aplique á todos sus efectos, además de los especiales á que hacen referencia los restantes párrafos del mismo artículo.

Más adelante, cuando trate de estas instituciones, tendré necesidad de ocuparme de este punto. Por ahora me basta hacer presente que no es asunto baladí el de señalar en qué haya de consistir la indivisibilidad de la prenda y la hipoteca, para establecerlo en un Código, sin regularlo por disposiciones expresas, ó limitarse á hacerlo, como el Código, tan sólo respecto á ciertos efectos, ó sea aquellos de que se ocupan los cuatro últimos párrafos de dicho art. 1.860.

Semejante omisión por parte del legislador revela por lo menos poca claridad de concepto acerca del principio que establece, y ha de ser siempre una medida más expuesta á perturbaciones que á evitar cuestiones ó litigios la de sentar una doctrina sin acompañarla de su desarrollo, dejando á los Tribunales que lo vayan formulando á medida que lo exija la dolorosa experiencia de los pleitos.

Pues si esto aparece respecto á las mismas instituciones cuya indivisibilidad se procura, ¿qué no ha de ocurrir tratándose de conferir, por una nueva disposición de referencia, aplicación de aquella doctrina determinada á otra institución distinta?

Para esto, lo más indispensable sería que hubiese verdadera analogía entre la institución del anticresis y la de la prenda y la hipoteca.

El Código, sin duda, ha creído que existe semejante analogía porque, mirando con una indiferencia inexplicable lo relativo á la naturaleza jurídica de estas institu-

ciones, hasta el punto de desterrarlas del libro destinado á tratar de los derechos de propiedad, sólo acierta á ver en ellas la forma externa del título por el cual pueden ser constituídas; en una palabra, el contrato por cuyo medio, y no siempre, puede tener lugar su constitución.

No es estraño tampoco, como ya hacía presente respecto á otros artículos anteriores, que el Código, que admite la enajenación del usufructo aun cuando rechace, según parece, su transmisión por título sucesorio, no haya encontrado inconveniente en admitir de igual suerte la transmisión del anticresis á un tercero ó á los herederos del acreedor anticrético, identificando, por decirlo así, la suerte del derecho real de anticresis con la del derecho personal del crédito que lo motiva.

No he de repetir las causas por las cuales considero necesaria la reforma acerca de estos particulares, si en realidad hubiese sido este el propósito del legislador ó fuera el sentido que se atribuya al régimen de la institución del anticresis.

Como ni ésta constituye una carga ó gravamen como la prenda ó la hipoteca, sino un verdadero derecho de disfrute que lleva consigo el apoderamiento y la administración de la cosa; como no corresponde, por tanto, á la categoría de la propiedad imperfecta según expresa el Proyecto, sino que forma parte del contenido de la propiedad menos plena; como no recae, en suma, sobre un derecho de transmisión peculiar al dominio, sino que, envolviendo la necesidad de administrar, reune los caracteres de una verdadera servidumbre personal, desde luego aparece que la aplicación del principio de la indivisibilidad sólo puede verificarse respecto á los causahabientes del deudor, pero no á los del acreedor, por circunscribirse únicamente á su persona los efectos de semejante derecho real.

De otro modo, y suponiendo, por tanto, factible la aplicación al anticresis del precepto consignado en el primer

párrafo del art. 1.860 del Código, dígase: ¿por qué principio se regulará la tenencia del inmueble, así como su administración, é igualmente la acción que, en su caso, corresponda para la realización del inmueble referido?

Muerto el acreedor dejando varios herederos, ¿tendrá cada uno de éstos una parte del inmueble? Esto lo rechazaría la misma indivisibilidad del anticresis. ¿Cómo recaerá, pues, en todos la tenencia de los bienes y su administración? ¿Se constituirá, por ventura, una comunidad entre dichos herederos, como si se tratase de copropietarios ó condueños? ¿No equivaldría esto á transformar, sin intervención del deudor ó del dueño de la finca anticrética, el derecho de propiedad singular que por el anticresis se constituyó, en un derecho de propiedad común? ¿Puede serle indiferente al deudor que de tal modo, contra su voluntad, se transforme el anticresis y obligarle, por consiguiente, á que sufra las contingencias que lleva consigo la acción de la mayoría de los partícipes en el régimen y administración de la cosa común? ¿Podrá cualquiera de los herederos del acreedor exigir en tal caso la enajenación del derecho de anticresis, conforme á lo prevenido en el art. 404, perturbando de esta suerte el derecho de los demás herederos y, sobre todo, obligando una vez más al deudor á sufrir que el inmueble de su pertenencia pase á manos de un tercer adquirente? ¿Se acudirá, quizás, como medio de salvar todas estas contrariedades, á poner al inmueble en administración judicial, á pesar de no tratarse de una contienda entre derechos litigiosos, sino sólo de contraposición entre derechos perfectamente conocidos por sus respectivos interesados?

Estos y muchos otros conflictos que necesariamente ha de producir el principio de la transmisibilidad del derecho anticrético ante la indivisibilidad del anticresis, revelan una vez más cuán aventurado es equiparar esta institución á las de hipoteca y prenda, en lugar de equipararla

á la de usufructo, con la cual tiene íntima relación lo que es esencial del anticresis, ó sea el derecho real consistente en el disfrute de la finca.

Por esto, al traducir por el Proyecto el principio de la indivisibilidad á que se refiere el art. 1.860 del Código, no he podido menos de hacerlo en los términos que contiene el art. 1.394 de mi Proyecto, concretando sus efectos únicamente á la persona del deudor ó dueño de la finca y sus respectivos herederos; pues, relativamente al acreedor, el solo principio de la intransmisibilidad salva todo cuanto el de la indivisibilidad podría producir acerca de su persona.

De este modo se conciertan perfectamente, en armonía con las circunstancias que caracterizan las condiciones del anticresis, los fines á que debe responder semejante institución, ya que, después de todo, no es una institución incompatible con la hipotecaria y pueden, por consiguiente, los interesados agregar al anticresis la constitución de hipoteca para que, cuando no basten los frutos obtenidos por el anticresis ó este derecho deba extinguirse por muerte del acreedor ó cualquiera otra causa, puedan sus herederos, ó acreedores en su caso, obtener la realización del inmueble en virtud de la hipoteca y, por tanto, como el efecto de un derecho real previamente establecido, y no simplemente á virtud de la acción personal derivada del contrato.

La aplicación del art. 1.861 exige igualmente, á mi juicio, una reforma acerca del contenido de este último; pues del mismo modo que respecto al anticresis, es indispensable la reforma relativamente á la hipoteca y á la prenda.

Que éstas pueden asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas á condición suspensiva ó resolutoria, es el precepto de dicho art. 1.861 del Código.

Su generalidad, no obstante, implica necesariamente exceso en los fines que por dicha disposición se atribuyen á los contratos de prenda y de hipoteca.

No toda clase de obligaciones son susceptibles de servir de causa á la constitución de la prenda ó la hipoteca.

Ni éstas, ni mucho menos el anticresis, pueden salvar los límites de su respectiva naturaleza jurídica, que en definitiva no les permite servir de garantía ó de medio de pago más que en cuanto quepa hacerlo con el importe de la realización de la cosa pignorada ó hipotecada, ó el de los frutos que se perciban ó recojan por virtud del anticresis.

La misma necesidad de atenerse á dicho importe indica que cualquiera de estas instituciones sólo pueden acompañar, aunque sea en forma de una obligación accesoria, á las principales que consistan en el deber de pagar una deuda de cantidad de dinero.

No desconozco que quizás se sostenga que nada importa que la obligación principal no reuna esta última condición, porque al fin, aun aquellas que consisten en entregar alguna cosa ó en hacer ó dejar de hacer, se resuelven por la indemnización de daños y perjuicios cuando no puede tener lugar debidamente su cumplimiento.

Pero como entiendo que no deja de ser expuesto y siempre poco correcto acudir á semejante forma para dar latitud á un precepto que, las más de las veces, lejos de asegurar el cumplimiento de la obligación, sólo puede servir para asegurar el pago de la indemnización que se debe por falta de cumplimiento, sobre todo no tratándose de obligaciones en las cuales resulte la debida homogeneidad entre lo que se deba por la obligación y lo que haya de obtenerse por la garantía que sirva para su seguridad; y como además no puede desconocerse que existen muchas obligaciones calificadas por el Código expresamente con este nombre, que no se prestan á dicha

especie de transformación, entre otras las que respecto á las relaciones entre marido y mujer, ó entre padres é hijos, ó entre los tutores y los constituídos bajo su autoridad, son asunto ó materia de los artículos 58, 154 y 264 del mismo Código, no puedo menos de llamar la atención para que, siquiera de un modo análogo á lo establecido en el art. 1.387 del Proyecto, se concrete, modificando el criterio de absoluta generalidad que informa el art. 1.861 del Código, la clase de obligaciones susceptibles de ser aseguradas por los medios á que hace referencia; y esto con más motivo tratándose del anticresis, porque su propia definición, según el art. 1.881, en una palabra, la obligación que lleva consigo de aplicar lo que se percibe por anticresis al pago de los intereses y del capital de algún crédito, habría de ser un verdadero obstáculo legal para motivar el anticresis en alguna obligación que no fuese correlativa á la existencia de un crédito ó no consistiese en el pago de una deuda.

Además, como el Código, no obstante el criterio de generalidad que emplea refiriéndose á toda clase de obligaciones para los efectos del art. 1.861, parece como que contrae ó reduce después su eficacia solamente á las obligaciones puras y á las sujetas á condición suspensiva ó resolutoria, que son las únicas de que hace mención, como si no fuesen también obligaciones susceptibles de prenda ó hipoteca las constituídas á plazo ó en forma alternativa ó con carácter genérico, en suma, en cualquier modo como haya de tener lugar su cumplimiento, entiendo que si el referido precepto, y sobre todo en su aplicación al anticresis (que es á lo que hace referencia el artículo de que me estoy ocupando), exige que se modifique para concretar la clase de obligaciones á que puede ser aplicable, lo exige también para extender su eficacia á cualquiera que sea el modo como haya de cumplirse la obligación asegurada, que es, según se observa en el mencionado

artículo 1.387 del Proyecto, la solución que, á mi juicio, armoniza las exigencias que derivan de la doctrina del artículo 1.861 del Código, tanto acerca de la naturaleza de las obligaciones en que puede tener aplicación, como respecto al modo en que pueda tener lugar su respectivo cumplimiento.

CAPÍTULO IV

Del arrendamiento inscrito (arts. 1.549 C. C. y 2.° L. H.).

Hace poco que indicaba las circunstancias por las cuales trato en este lugar de arrendamiento inscrito. Lo hacía con referencia á esta institución y al anticresis, como complemento que á mi juicio corresponde al título en que, según el Código, se trata del usufructo, del uso y de la habitación, y por tanto de las formas de la propiedad cuya utilidad jurídica descansa en el derecho de disfrute correspondiente al dominio, limitando al efecto las facultades del dueño como tal y mostrándose, de consiguiente, su respectivo valor jurídico como un verdadero derecho real limitativo ó modificativo del dominio.

En este sentido los agrupa el Proyecto, comprendiéndolos en la parte destinada á tratar de las servidumbres personales.

Ya decía entonces, por lo menos respecto del anticresis, que esta institución tenía, aunque en lugar inoportuno, su régimen trazado por el Código, siquiera designándolo como contrato, siendo así que en realidad regula sus caracteres como derecho real limitativo ó restrictivo del dominio.

Por esto me he ocupado de sus artículos respectivos, según el Código, con ocasión de hacerlo del mencionado título que en el libro de la propiedad se ocupa del usufructo, del uso y de la habitación.

Lo mismo he de hacer respecto del arrendamiento inscrito; pero la dificultad es en este caso mayor, si cabe, por carecer el Código de disposiciones especiales relativas á dicha condición del arrendamiento, ó sea al mismo como derecho real, y forma por tanto de verdadera propiedad.

¿Es que el Código se ha propuesto que el arrendamiento sea un derecho únicamente personal, rectificando de esta suerte el criterio expresamente consignado en el preámbulo de la ley Hipotecaria, donde la Comisión redactora manifestó, sin ambajes, que no debía ocultar que en los casos en que dicha ley autoriza su inscripción, se establecía por ésta implícitamente un verdadero derecho real?

No creo que éste haya sido el propósito del legislador en la redacción del Código, y me autorizan á creerlo los artículos 605, 608 y 1.549 del mismo cuerpo legal.

Artículos 605 y 608.—Al fijar el primero de estos artículos el objeto del Registro de la propiedad con referencia tan sólo al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, y al prevenir explícitamente el segundo la vigencia de la ley Hipotecaria para determinar los títulos sujetos á inscripción y los efectos de ésta, revelan claramente que ni el legislador se propuso rectificar el concepto de derecho real que los redactores de la ley Hipotecaria explícitamente declararon para el arrendamiento inscrito, ni excluir de los títulos inscribibles los contratos de arrendamiento á que se refiere el núm. 5.° del art. 2.° de la ley Hipotecaria.

Artículo 1.549.—Buena muestra de ello es precisamente el art. 1.549 del Código; pues al declarar que con relación á terceros no surtirán efecto los arrendamientos de bienes raíces que no se hallen debidamente inscritos en el Registro de la propiedad, consignando de igual suerte el mismo principio establecido acerca de dichos contratos en el art. 23 de la mencionada ley, revela claramente

que el Código, no sólo reconoce la virtualidad derivada de la inscripción para los arrendamientos y la posibilidad, por tanto, de verificarla en el Registro de la propiedad, sino que se atiene en sus efectos, en armonía con lo prevenido en el art. 608 del mismo Código, á lo preceptuado en la misma ley Hipotecaria para caracterizar, conforme expresó su Comisión redactora, de verdadero derecho real el arrendamiento inscrito.

Llevar, pues, al arrendamiento la eficacia consiguiente á la inscripción de los derechos en el Registro de la propiedad, es determinar, aunque sea en los límites que trace el respectivo contrato de arriendo, una verdadera restricción de las facultades del dueño como tal, siquiera sea concretándolas, según decía también, á la utilidad jurídica constituída por el derecho de disfrute que á la propiedad corresponde.

He aquí marcada la naturaleza especial de esta institución en materia de propiedad; y por más que sea sensible la falta de unidad que en este punto se observa en nuestra legislación para informar el régimen de este derecho, ya mediante las citadas disposiciones del Código, ya por las de los artículos 2.° y 23 de la ley Hipotecaria y 5.° y 67 de su Reglamento, y demás disposiciones que comprenden como desenvolvimiento ó en armonía con estos mismos preceptos, no puede desconocerse que en tales condiciones, y por lo mismo bajo semejante régimen legal, aparece, con relativa separación ó independencia del derecho personal derivado del contrato, una forma de propiedad ó derecho real que exige, aunque sólo sea para el efecto de dar unidad á sus disposiciones reguladoras, tratar separada y especialmente del mismo al hacerlo del derecho de propiedad y, de consiguiente, de las modificaciones que produce, la calificada de menos plena, en el derecho de dominio.

A esto responde que el Proyecto comprenda el arren-

damiento inscrito en el título que se ocupa del derecho de propiedad, así como responde igualmente, según decía hace poco, que semejante derecho constituído por el arrendamiento se califique entre las servidumbres personales en atención á ser precisamente el derecho de disfrute aquel en que consiste la utilidad jurídica de este nuevo derecho real.

Las reglas ó preceptos que á este propósito se comprenden en el Proyecto, puede decirse que se reducen á dos clases, unas, como el art. 1 398 y el 1.400, que se limitan á reproducir la doctrina de las disposiciones del número 5.° del art. 2.° de la ley Hipotecaria, y del art. 5.° y 32 del Reglamento para la ejecución de esta ley; y otras, como el art. 1.399 y 1.401, por las que se precisa el valor ó eficacia que consigue el arrendamiento por su inscripción en el Registro de la propiedad, en armonía el 1.399 con lo prevenido en el párrafo 1.° del art. 23 de la ley Hipotecaria, y como complemento el 1.401 de lo establecido al efecto en el art. 79 de la ley y 67 del Reglamento.

Dos puntos, á mi juicio, interesaba fijar claramente acerca de esta novedad que inició en nuestro derecho la ley Hipotecaria, pudiendo sintetizarlos al expresar: que el efecto de la inscripción, revistiendo de forma de un verdadero derecho de propiedad al derivado de un contrato de arrendamiento, no alteraba ni añadía valor alguno á este derecho, que no fuera salvar su eficacia relativamente á tercero.

Aunque ya este criterio parecía implícitamente contenido en el mencionado art. 23 de la ley Hipotecaria y 1.549 del Código, entiendo que es preferible establecerlo francamente, y no tan sólo en la forma negativa de que el contrato de arrendamiento no surtirá efecto, respecto á tercero, no estando inscrito, para que de esta suerte se comprenda que la especie de transformación, que en cuanto á la naturaleza del derecho derivado del contrato

de arrendamiento de bienes inmuebles se produce por su inscripción en el Registro de la propiedad, no recae en condición, nota ó elemento alguno que á su fondo se refiera, sino tan sólo á su eficacia ó acción externa, en una palabra, á su vida de relación, para que en lugar de regular su valor jurídico en la esfera del derecho personal que en materia de contratos caracteriza la doctrina de que éstos sólo son ley entre los contratantes, se regule por el contrario en la esfera del derecho real bajo el principio de que todo poseedor de la cosa esté obligado á respetar los derechos constituídos sobre la misma.

Pero si en este punto la modificación á que se refiere el artículo 1.399 del Proyecto queda en apariencia reducida á determinar en forma positiva el valor jurídico de la inscripción, que sólo en forma negativa establece nuestro actual derecho, no deja, sin embargo, de envolver un problema de bastante trascendencia en cuanto á la naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento y condiciones que necesariamente debe reunir todo derecho que del mismo se derive.

Aquella forma negativa, adoptada por la ley Hipotecaria y reproducida en el Código civil, es posible que haya contribuído á que el legislador español no se fijara lo bastante en lo referente á dichos particulares del contrato de arriendo y de los derechos que de él dimanan.

La transmisibilidad ó intransmisibilidad de estos derechos, así como la extensión del término ó plazo por el cual puede establecerse el referido contrato, y muy especialmente este último, son dos particulares acerca de los cuales, aun cuando se comprende que nuestra legislación no hubiera creído del caso limitarlos mientras el arrendamiento constituía una institución cuyo desenvolvimiento debía tener lugar únicamente en la esfera de los derechos personales, no sucede lo mismo desde el momento en que, al autorizarse su inscripción en el Regis-

tro de la propiedad, se eleva á la categoría de un derecho en la cosa lo que antes era, en todo caso, en lo que á ésta podía hacer referencia, meramente una responsabilidad, expresión de obligaciones recíprocas entre el arrendador y el arrendatario.

Por más que de esta suerte, y siempre en los límites del contrato, la eficacia de las obligaciones del causante respecto á sus herederos se aceptara sin obstáculo en el contrato de arrendamiento; al fin, ni esto podía alterar las condiciones de libertad establecidas para el régimen de la propiedad, ni producir una situación ó estado de los bienes que saliéndose propiamente de los moldes del arrendamiento, entrara por decirlo así de lleno en los peculiares á los censos.

La transformación del arrendamiento en censo, é igualmente la perpetuidad ó carácter indefinido en la separación entre la propiedad de los bienes y su disfrute, en suma, la imposibilidad de conseguir la libertad de la propiedad por el transcurso del tiempo, son puntos á que puede afectar visiblemente esa variación que sufre el arrendamiento por su inscripción en el Registro.

Como dice perfectamente el luminoso preámbulo de la ley Hipotecaria, ni en los arrendamientos por largo espacio de años, ni en aquellos en que se hubiesen hecho considerables anticipaciones, se alteraba la doctrina jurídica de que sólo el que adquiría el dominio en virtud de un título universal estaba obligado á respetar el arrendamiento hecho por su antecesor, pero no el que verificaba su adquisición por título singular.

Si la sucesión no servía para reintegrar al dueño, en estos casos, el pleno ejercicio de las facultades inherentes al dominio y liberar, de consiguiente, á los bienes de los compromisos que en cuanto á su disfrute llevaran consigo los arrendamientos establecidos, el título singular en las adquisiciones dominicales era, por decirlo así, un

jordán en donde se lavaban y desaparecían, respecto á los bienes, todos los efectos derivados de los arrendamientos existentes.

Estos, de consiguiente, dado el sistema de la legislación anterior á la ley Hipotecaria, ni creaban un obstáculo insuperable para que la propiedad consiguiese su libertad en la plenitud del dominio, por más que fuera forzoso esperar para ello su transferencia á título singular, ni tampoco podían transformarse en verdaderos derechos censuales; porque mientras esto no se realizase en forma distinta de la del arrendamiento, la perpetuidad de aquéllos no se conseguía y subsistía, por el contrario, permanentemente la referida posibilidad de hacer cesar los efectos de estos últimos á virtud de la mencionada transferencia.

Mas desde el momento que la perpetuidad del contrato de arrendamiento puede existir sin las indicadas contingencias que, para la terminación de sus efectos, llevaba consigo la transmisión de los bienes á título singular según la antigua legislación, se descubre desde luego que ya no puede ser como antes en cierto modo indiferente para el derecho, el que el valor jurídico de aquellos contratos pase á los herederos del arrendatario, y sobre todo el que no haya límite alguno en cuanto al plazo por el cual puedan ser establecidos los contratos referidos.

Un arrendamiento por cien ó doscientos años ó por largo espacio de tiempo, como decían los redactores de la ley Hipotecaria, siendo el derecho del arrendatario transmisible á sus herederos, y pudiendo de esta suerte prolongarse por tan dilatado período de tiempo, equivale necesariamente á separar de un modo absoluto y por tiempo indefinido la propiedad y el disfrute; á caracterizar, por los efectos peculiares del censo, la sujeción de la cosa objeto del arriendo; y á provocar, sin las garantías que para la liberación de los bienes ofrece la reden-

ción de los censos, una situación en que se haga la liberación de los bienes enteramente imposible.

No es este ciertamente el momento de discurrir acerca de las reformas que, respecto al contrato de arrendamiento, es preciso introducir como consecuencia de su transformación en derecho real ó forma de propiedad.

Me interesaba, por de pronto, principalmente llamar la atención sobre la trascendencia de semejante innovación de la ley Hipotecaria, que puede conducir, si no se establece limitación alguna, á que en forma de arrendamiento se constituyan verdaderos censos, y que además, por este medio se eluda la eficacia de las leyes relativas á la redención necesaria de los mismos.

Pero independientemente de este extremo, cuyo desenvolvimiento aplazo para cuando trate del arrendamiento, interesa igualmente, á mi juicio, hasta el punto de estimarlo como una reforma necesaria de nuestra legislación, la de poner en armonía la innovación de la ley Hipotecaria autorizando la inscripción de los contratos de arrendamiento, con los efectos ó consecuencias que el desahucio pueda producir en los que hayan sido inscritos.

Desde luego se ve que la trascendencia de este punto se concreta principalmente á las disposiciones que regulan la cancelación de las inscripciones en el Registro de la propiedad; puesto que siendo como es el desahucio un extremo jurídico distinto del relativo á la rescisión y extinción del contrato de arrendamiento, es preciso considerar si ha de fiarse, como hoy sucede, según el art. 67 del Reglamento de la ley Hipotecaria, á que por efecto natural del contrato deje de existir completamente el derecho real inscrito, para que pueda cancelarse la inscripción correspondiente, ó debe de estimarse suficiente, para dicha cancelación, la restitución del inmueble obtenida en juicio de desahucio, ya sea por lanzamiento del arren-

Su generalidad, no obstante, implica necesariamente exceso en los fines que por dicha disposición se atribuyen á los contratos de prenda y de hipoteca.

No toda clase de obligaciones son susceptibles de servir de causa á la constitución de la prenda ó la hipoteca.

Ni éstas, ni mucho menos el anticresis, pueden salvar los límites de su respectiva naturaleza jurídica, que en definitiva no les permite servir de garantía ó de medio de pago más que en cuanto quepa hacerlo con el importe de la realización de la cosa pignorada ó hipotecada, ó el de los frutos que se perciban ó recojan por virtud del anticresis.

La misma necesidad de atenerse á dicho importe indica que cualquiera de estas instituciones sólo pueden acompañar, aunque sea en forma de una obligación accesoria, á las principales que consistan en el deber de pagar una deuda de cantidad de dinero.

No desconozco que quizás se sostenga que nada importa que la obligación principal no reuna esta última condición, porque al fin, aun aquellas que consisten en entregar alguna cosa ó en hacer ó dejar de hacer, se resuelven por la indemnización de daños y perjuicios cuando no puede tener lugar debidamente su cumplimiento.

Pero como entiendo que no deja de ser expuesto y siempre poco correcto acudir á semejante forma para dar latitud á un precepto que, las más de las veces, lejos de asegurar el cumplimiento de la obligación, sólo puede servir para asegurar el pago de la indemnización que se debe por falta de cumplimiento, sobre todo no tratándose de obligaciones en las cuales resulte la debida homogeneidad entre lo que se deba por la obligación y lo que haya de obtenerse por la garantía que sirva para su seguridad; y como además no puede desconocerse que existen muchas obligaciones calificadas por el Código expresamente con este nombre, que no se prestan á dicha

especie de transformación, entre otras las que respecto á las relaciones entre marido y mujer, ó entre padres é hijos, ó entre los tutores y los constituídos bajo su autoridad, son asunto ó materia de los artículos 58, 154 y 264 del mismo Código, no puedo menos de llamar la atención para que, siquiera de un modo análogo á lo establecido en el art. 1.387 del Proyecto, se concrete, modificando el criterio de absoluta generalidad que informa el art. 1.861 del Código, la clase de obligaciones susceptibles de ser aseguradas por los medios á que hace referencia; y esto con más motivo tratándose del anticresis, porque su propia definición, según el art. 1.881, en una palabra, la obligación que lleva consigo de aplicar lo que se percibe por anticresis al pago de los intereses y del capital de algún crédito, habría de ser un verdadero obstáculo legal para motivar el anticresis en alguna obligación que no fuese correlativa á la existencia de un crédito ó no consistiese en el pago de una deuda.

Además, como el Código, no obstante el criterio de generalidad que emplea refiriéndose á toda clase de obligaciones para los efectos del art. 1.861, parece como que contrae ó reduce después su eficacia solamente á las obligaciones puras y á las sujetas á condición suspensiva ó resolutoria, que son las únicas de que hace mención, como si no fuesen también obligaciones susceptibles de prenda ó hipoteca las constituídas á plazo ó en forma alternativa ó con carácter genérico, en suma, en cualquier modo como haya de tener lugar su cumplimiento, entiendo que si el referido precepto, y sobre todo en su aplicación al anticresis (que es á lo que hace referencia el artículo de que me estoy ocupando), exige que se modifique para concretar la clase de obligaciones á que puede ser aplicable, lo exige también para extender su eficacia á cualquiera que sea el modo como haya de cumplirse la obligación asegurada, que es, según se observa en el mencionado

artículo 1.387 del Proyecto, la solución que, á mi juicio, armoniza las exigencias que derivan de la doctrina del artículo 1.861 del Código, tanto acerca de la naturaleza de las obligaciones en que puede tener aplicación, como respecto al modo en que pueda tener lugar su respectivo cumplimiento.

CAPÍTULO IV

Del arrendamiento inscrito (arts. 1.549 C. C. y 2.° L. H.).

Hace poco que indicaba las circunstancias por las cuales trato en este lugar de arrendamiento inscrito. Lo hacía con referencia á esta institución y al anticresis, como complemento que á mi juicio corresponde al título en que, según el Código, se trata del usufructo, del uso y de la habitación, y por tanto de las formas de la propiedad cuya utilidad jurídica descansa en el derecho de disfrute correspondiente al dominio, limitando al efecto las facultades del dueño como tal y mostrándose, de consiguiente, su respectivo valor jurídico como un verdadero derecho real limitativo ó modificativo del dominio.

En este sentido los agrupa el Proyecto, comprendiéndolos en la parte destinada á tratar de las servidumbres personales.

Ya decía entonces, por lo menos respecto del anticresis, que esta institución tenía, aunque en lugar inoportuno, su régimen trazado por el Código, siquiera designándolo como contrato, siendo así que en realidad regula sus caracteres como derecho real limitativo ó restrictivo del dominio.

Por esto me he ocupado de sus artículos respectivos, según el Código, con ocasión de hacerlo del mencionado título que en el libro de la propiedad se ocupa del usufructo, del uso y de la habitación.

Lo mismo he de hacer respecto del arrendamiento inscrito; pero la dificultad es en este caso mayor, si cabe, por carecer el Código de disposiciones especiales relativas á dicha condición del arrendamiento, ó sea al mismo como derecho real, y forma por tanto de verdadera propiedad.

¿Es que el Código se ha propuesto que el arrendamiento sea un derecho únicamente personal, rectificando de esta suerte el criterio expresamente consignado en el preámbulo de la ley Hipotecaria, donde la Comisión redactora manifestó, sin ambajes, que no debía ocultar que en los casos en que dicha ley autoriza su inscripción, se establecía por ésta implícitamente un verdadero derecho real?

No creo que éste haya sido el propósito del legislador en la redacción del Código, y me autorizan á creerlo los artículos 605, 608 y 1.549 del mismo cuerpo legal.

Artículos 605 y 608.—Al fijar el primero de estos artículos el objeto del Registro de la propiedad con referencia tan sólo al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, y al prevenir explícitamente el segundo la vigencia de la ley Hipotecaria para determinar los títulos sujetos á inscripción y los efectos de ésta, revelan claramente que ni el legislador se propuso rectificar el concepto de derecho real que los redactores de la ley Hipotecaria explícitamente declararon para el arrendamiento inscrito, ni excluir de los títulos inscribibles los contratos de arrendamiento á que se refiere el núm. 5.° del art. 2.° de la ley Hipotecaria.

Artículo 1.549.—Buena muestra de ello es precisamente el art. 1.549 del Código; pues al declarar que con relación á terceros no surtirán efecto los arrendamientos de bienes raíces que no se hallen debidamente inscritos en el Registro de la propiedad, consignando de igual suerte el mismo principio establecido acerca de dichos contratos en el art. 23 de la mencionada ley, revela claramente

TÍTULO VII

De las servidumbres.

CAPÍTULO I

De las servidumbres en general.

SECCIÓN PRIMERA

De las diferentes clases de servidumbres que pueden establecerse sobre las fincas.

Antes de ocuparme en particular de los artículos comprendidos en esta sección, no puedo menos de hacer presente la deficiencia, ó por mejor decir confusión, con que resulta tratada en el Código la materia de las servidumbres en general, ó lo que es lo mismo, la materia propia del capítulo, y aun podría añadir la materia propia del título.

Ocúpase de las diferentes clases de servidumbres sin haber presentado de antemano las disposiciones que podrían llamarse generales ó inherentes á la naturaleza de la servidumbre, tanto para fijar, por su definición, su respectivo valor jurídico enfrente de las demás instituciones que al derecho de propiedad corresponden, como para señalar, á manera de base de esta institución, ó sea las servidumbres, las notas características que como tales las califican.

No ha olvidado el Código, sin embargo, en absoluto este importantísimo extremo.

La necesidad, más que el orden, ha sido sin duda la que le ha llevado á consignar algunas disposiciones relativas á la naturaleza de las servidumbres; pero por lo mismo manifestaba que había en el Código deficiencia, por no decir confusión, acerca de esta materia cuando se observa

que las pocas disposiciones que á este asunto le dedica, como los artículos 530 y 531, 534 y 535, relativos á la definición de la servidumbre y á la afirmación de su carácter inseparable y de su carácter indivisible, lejos de formularlas como disposiciones generales, las comprende en la misma sección destinada á tratar de las clases de servidumbre, donde era lógico que sólo vinieran incluídos los preceptos regulares de sus distintas especies.

Pero ya indicaba también que no es extraña esta intercalación en la doctrina correspondiente á las varias secciones de la que puede llamarse la parte general en materia de servidumbres, cuando además se observa que el Código reserva para esta institución un criterio limitado por el asunto peculiar de las servidumbres reales, aunque mediante la protesta que en cierto modo resulta contra semejante concepto, en atención á lo dispuesto en el artículo 531 del mismo cuerpo legal.

Qué función desempeña la servidumbre en el orden de la propiedad y de consiguiente cuáles son las notas características de esta institución en relación con las demás que al derecho de propiedad corresponden, así como qué es la servidumbre considerada en sí misma, en lo que podría llamarse su régimen interior, son dos particulares que, aunque de la mayor importancia para conocer el verdadero valor jurídico de las servidumbres, resultan completamente desconocidos en el Código.

Preséntase en él el tít. VII, que trata de las servidumbres, como podría haberse presentado cualquier otro aisladamente, sin mostrar relación alguna con los que le preceden ni dar á conocer la necesidad de su posición previa respecto á los que le siguen.

Cosa análoga ocurre en lo concerniente al régimen interior de la servidumbre, no siendo extraño, por tanto, ver, según hacía observar al ocuparme del título anterior, que al rechazar el concepto de servidumbre para el usu-

fructo, el uso y la habitación, se haya tenido que incurrir en el gravísimo defecto de no poder determinar, siquiera, si son derechos reales ó personales, y, de consiguiente, si son instituciones peculiares del derecho de propiedad ó propias de la contratación; sobre todo cuando, por no tener idea de la naturaleza respectiva de cada una, se ha acudido al comodín de declarar (artículos 467, 470 y 523) que dichas instituciones son sólo lo que los particulares quieren designar como tales en el título por el cual las establecen.

He aquí la consecuencia del empeño de rectificar nuestro antiguo derecho, separando á las instituciones referidas de la forma de propiedad que constituyen las servidumbres.

Artículos 530 y 531. — Son éstas, según el art. 530, "un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente á distinto dueño"; y digo según el artículo 530, porque tampoco puede afirmarse con seguridad que en esto consista la servidumbre, según el Código, toda vez que á renglón seguido el art. 531 declara que "también pueden establecerse servidumbres en favor de una ó más personas ó de una comunidad á quienes no pertenezca la finca gravada".

Motivo de confusión y de fundadas dudas es ciertamente el contenido de este artículo en su relación con el anterior. Quién imagina que el pensamiento del legislador fué rectificar el título anterior para comprender como verdaderas servidumbres el usufructo, el uso y la habitación. Quién supone que, para no atribuir al legislador la rectificación inmediata del criterio sustentado en el título precedente, hay que considerar sólo como materia del art. 531 cualquier gravamen, distinto del usufructo, uso y habitación, que sobre bienes inmuebles se establezca en favor de una ó más personas ó de una comunidad. Quién entiende que, como al fin el art. 530 define la

servidumbre y el 531 sólo se ocupa de la posibilidad también de establecerlas en provecho de las personas, es necesario que las servidumbres á que se refiere el art. 531 reunan ante todo los caracteres señalados en el 530 y, por tanto, que se trate de un gravamen impuesto sobre un inmueble, si bien en provecho de una ó más personas ó de una comunidad. Quién, por el contrario, cree que en el artículo 531 hay que prescindir de la definición dada en el art. 530, como si dijera el 531 que es también servidumbre cualquiera carga, prestación ó responsabilidad impuesta sobre algún inmueble en favor de una ó más personas ó de una comunidad á quienes no pertenezca la finca gravada.

Y como todos estos pareceres suscitan, á su vez, otras variantes relativas á la inteligencia de dicho art. 531, á medida que, con el noble afán de conocer lo que ha querido decir el legislador, se descubre ó resulta más de relieve la confusión ó falta de criterio con que ha procedido en esta materia, aparece, según indicaba, que por afán de reformar lo que estaba ya aclimatado por nuestra antigua legislación, se ha creado una perplejidad tal, que ni se sabe ni hay posibilidad de saber qué es lo que en nuestro derecho civil constituye la servidumbre en materia de propiedad.

No es extraña semejante incertidumbre. Lógicamente pensando, ocurriría lo mismo si en matemáticas, por ejemplo, después de haber expuesto que el triángulo es la figura que representa el espacio encerrado entre tres líneas, el afán de reformar las reglas de la geometría precipitara al extremo de afirmar ó de dar como axiomático, á continuación, que también puede formarse un triángulo por medio de cuatro líneas.

Pero prescindiendo ya de lo relativo á la naturaleza de las servidumbres ó doctrina de las mismas consideradas en general, se ve, según indicaba, que el criterio del ar-

tículo 530 está principalmente destinado á caracterizar tan sólo con este nombre á las llamadas servidumbres reales.

Nótase, sin embargo, que la calificación de dicho artículo no recae precisamente en la utilidad jurídica que constituye la servidumbre, sino únicamente en la situación pasiva que determina su existencia en el inmueble sobre que recae.

Así se califica la servidumbre de gravamen en lugar de calificarla de derecho, pudiendo creerse por esta denominación que lo esencial en materia de servidumbres como institución del derecho de propiedad, no es el derecho de utilizar un inmueble, sino la pasividad de un inmueble para ser utilizado.

Aunque quizás se considere que al fin lo mismo es calificar la servidumbre de gravamen que calificarla de derecho, porque después de todo la diferencia consiste tan sólo en considerar á la servidumbre con relación al predio dominante ó con relación al predio sirviente, esta misma observación revelaría desde luego, una vez más, la lastimosa confusión que reina en esta materia, porque equivaldría á reconocer que la servidumbre no puede ser definida de un modo positivo y absoluto, sino que ha de serlo necesariamente de un modo relativo y negativo.

Nada más lejos de la verdad. El concepto de derecho en la servidumbre, lo mismo alcanza al predio dominante que al predio sirviente. Lleva en sí, á la vez que la facultad de disfrutar por parte de uno (su sujeto), la necesidad de sufrir por parte de otro (su objeto); y si además se tiene en cuenta la especial naturaleza de las utilidades jurídicas caracterizadas por los derechos (el de disfrute, el de transformación, el de defensa, el de deslinde y el de transmisión) de que trata el cap. I del tit. I del lib. III del Proyecto, se comprenderá que si la servidumbre forma parte del derecho de propiedad, ha de caracterizarse

necesariamente por el concepto de derecho, que es el que en sus respectivos efectos, así en cuanto al sujeto como relativamente al objeto, concierne lo mismo al denominado predio dominante que al llamado predio sirviente. Esto, por supuesto, en los límites de las servidumbres reales; porque ya he indicado que, respecto al valor jurídico de la servidumbre en general, el Código guarda un absoluto silencio, á diferencia del Proyecto, que se ocupa de este particular en los artículos 1.306 y 1.307, determinando al efecto en qué clase de derecho de propiedad consiste la servidumbre (el de disfrute), qué función desempeña (servir de limitación al dominio y por tanto informar la propiedad menos plena), cómo se caracteriza su extensión ó alcance (por la forma determinada del uso á que se refiere) y qué exige de parte de aquel á quien pertenece (la posesión de la cosa).

Concretándonos ahora al valor de la servidumbre puramente *real*, el mismo concepto de gravamen con que aparece calificada en el art. 530 revela la deficiencia notoria, que es siempre dolorosa en la información ó redacción de los preceptos legales.

Ni el Código señala el valor técnico del concepto que emplea, ni precisa tampoco el sentido con que lo usa; pues aun cuando se empeñara en sustentar como gravamen toda restricción ó limitación del dominio, no quedaría relevado de la necesidad de precisar cuál sea la utilidad especial que, á diferencia de las demás calificadas igualmente de gravámenes, sirva para caracterizar el designado con el nombre de servidumbre.

Lo dispuesto en el art. 530 no da la más mínima idea de la utilidad en que consiste el gravamen á que hace referencia. Bajo los términos de su definición, ésta podría ser aplicable lo mismo al censo, si la prestación censual se estableciese á favor del propietario ó poseedor de un inmueble (ó bienes de esta clase de alguna fundación)

como cosa inherente por tanto á las utilidades del mismo, que á la hipoteca si se constituyera para responder con preferencia y, por tanto, con beneficio de orden y excusión de la hipoteca constituída sobre un inmueble distinto.

Esta es la consecuencia de no determinarse en la ley, precisamente cuando formula una definición, lo característico de lo que se propone definir, esto es, de no señalarse, con relación al asunto sobre que versa dicho artículo del Código, en qué ha de consistir el beneficio ó utilidad que pueda reportar un inmueble por las servidumbres establecidas á su favor; omisión del Código que el Proyecto subsana por los artículos 1.402 y 1.403, fijando, no solamente la clase de utilidad jurídica en que ha de consistir el beneficio que produzca la servidumbre, sino la especie y límites que, aun dentro de los derechos de disfrute á que ha de referirse esta institución, según el artículo 1.306 del mismo Proyecto, singularizan á la servidumbre real, á diferencia de las demás servidumbres.

De esta suerte se determina, en el Proyecto, el valor jurídico de la servidumbre real, no sólo á distinción de las demás instituciones del derecho de propiedad, sino también á distinción igualmente de las otras servidumbres, ó sea de las instituciones peculiares de la propiedad menos plena.

A buen seguro que si esto se hubiese hecho en el Código civil se habría fácilmente reconocido la imposibilidad de consignar un artículo como el 531, á renglón seguido del 530, en que precisamente se elevan á concepto general de la servidumbre las notas características de la servidumbre real.

Para el Código, según el art. 530, no hay servidumbre más que cuando ésta es real, y, sin embargo, según el 531, pueden establecerse servidumbres en favor de una ó más personas.

Esta sola indicación revela, conforme antes indicaba, no sólo la confusión, sino la contradicción de concepto que lleva consigo el definir á toda servidumbre como real y disponer al mismo tiempo que pueda establecerse en provecho de alguna persona.

No he de discutir la contradicción, porque sería discutir el absurdo. Basta sólo presentarlo y haber indicado la causa que ha dado lugar á él, á fin de que desde luego se vea que aun cuando el legislador tratara de rectificar su error, admitiendo de nuevo en el Código las servidumbres personales, debería hacerlo abandonando por completo la forma que emplea en el art. 531, concretando la disposición del 530 tan sólo para la servidumbre real y estableciendo, ante todo, como base del título destinado á regular el tratado de las servidumbres, cuál sea el concepto general correspondiente á las mismas y en el que estén comprendidas tanto las reales como las personales, conforme así resulta en el Proyecto, según el contenido de los artículos 1.306 y 1.311, así como los ya citados 1.402 y 1.403 del mismo Proyecto.

Artículos 532 y 533.—Nada expondría acerca de estos dos artículos, que con el 536 constituyen la materia relativa á la clasificación de las servidumbres reales, si no apareciese el carácter, por decirlo así, discrecional y arbitrario de su separación, agrupando para su definición en el 532 las servidumbres continuas y discontinuas, aparentes y no aparentes, y reservando para el 533 la definición de las positivas y de las negativas.

Qué es lo que puede haber movido al legislador á no incluir esta última división en el artículo que comprende las dos primeras clasificaciones, y qué es lo que puede haber influído para que el art. 532 califique cuatro clases de servidumbres, y que el art. 533 se haya dedicado á calificar dichas dos últimas, ó sea las positivas y negativas, es asunto que está todavía por averiguar y que de

todos modos revela lo caprichoso de la distribución de los artículos del Código.

Si en este punto es necesaria una rectificación, entiendo, como aparece en el Proyecto en los artículos 1.407 y 1.408, que las clases que debían venir agrupadas en un solo artículo debían ser las servidumbres continuas ó discontinuas y las positivas ó negativas, dejando para otro artículo las aparentes y no aparentes, toda vez que el peculiar valor jurídico de las cuatro primeras clases depende de la naturaleza del uso en que consiste su utilidad jurídica, así como el de las dos últimas depende tan sólo de la forma ó manera de darse á conocer ó revelarse la respectiva servidumbre.

Ya veremos más adelante, con ocasión de los artículos 537, 538 y 539 del Código, que quizás no se habría incurrido en el error en que resultan informados dichos preceptos, especialmente los dos últimos, si no se hubiese olvidado semejante distinción; pues por ahora bástame tan sólo hacer presente, con referencia á las servidumbres que el art. 533 califica de positivas y negativas, un particular sobre el cual habré de llamar la atención en otros varios artículos en los que, como en éste, se da á entender, por su redacción, que la trascendencia de la servidumbre se concreta y precisa al dueño del predio, siendo así que, como derecho real, alcanza y no puede menos de alcanzar á todo el que tenga en él algún derecho de propiedad, y del mismo modo que al propietario a que sea poseedor.

Y aunque el Código rectifique, al parecer, este carácter limitativo que resulta por su redacción en la mayor parte de los artículos que comprende el título de las servidumbres, tanto por el epígrafe de la sección 3.ª del cap. I del mencionado título, que denomina "Derechos y obligaciones de los *propietarios* de los predios dominante y sirviente", como por el contenido de algún artículo, por

ejemplo el 545, cuyas últimas palabras se refieren, no sólo al dueño del predio dominante, sino además á los que tengan derecho al uso de la servidumbre, es lo cierto que ni estas rectificaciones son bastantes para alterar de un modo correcto la redacción propia y peculiar de cada artículo, á fin de dar á sus términos una extensión distinta de la que de los mismos resulta, ni por otra parte podrían servir tampoco para este efecto aquellas rectificaciones, cuando es sabido que en el Código se toman por sinónimos la propiedad y el dominio, equiparando por tanto los conceptos de dueño y de propietario, y que mientras subsista la falta de precisión acerca de estos conceptos, no puede menos de resultar con notoria vaguedad la expresión de las últimas palabras del mencionado art. 545.

Si no cabe desconocer que el valor jurídico de la servidumbre no se concreta exclusivamente á aquel á quien pertenece el dominio de los predios, ó hay que establecer reglas generales que den la norma para poder señalar en cada caso á quiénes puede alcanzar la eficacia de cualquiera servidumbre, ó hay que formular, respecto á la materia que constituye el asunto de cada artículo, la calificación ó expresión técnica por la que quepa determinar con claridad el alcance de sus efectos.

Así he procurado en el Proyecto, al tratar de las servidumbres positivas y negativas, en el último párrafo del artículo 1.407, referir al *propietario* del predio sirviente lo que el Código refiere al *dueño* de dicho predio, teniendo presente que ya en los artículos anteriores viene determinado igualmente en el Proyecto el distinto valor jurídico del dominio y de la propiedad, para caracterizar por aquél únicamente á la persona del dueño y aplicar el de propietario á todo el que tenga algún derecho real sobre la finca de que se trate, siendo como es esta clase de derechos la expresión de las distintas formas que puede revestir la propiedad.

Artículo 534. — Artículo es este al parecer muy sencillo, pero cuya redacción entraña un problema muy importante.

Proclamando el principio de la inseparabilidad entre la servidumbre y el predio, abarca en este concepto lo mismo al predio dominante que al predio sirviente, bajo la fórmula de que las servidumbres son inseparables de la finca á que activa ó pasivamente pertenecen.

No he de fijarme en lo raro de la pertenencia pasiva. Comprendo que la locución se ha empleado sin duda como medio de facilitar la inteligencia del precepto, ó de no repetir en éste, como en otros, la denominación de predio dominante y la de predio sirviente.

Si fuera cierto el principio, nada tendría que observar. Util sería cuanto pudiera conducir á su mayor claridad; pero entiendo que en el concepto empleado existe realmente error, por dar á entender que si la servidumbre acompaña constantemente al predio sirviente en todo lo que puede llamarse su estado y vida jurídica, no es por la virtualidad del derecho real que sobre él tenga el predio dominante, sino por la declaración de inseparabilidad consignada expresamente en el mencionado artículo.

Bien se advierte, por esta sola indicación, que si el principio de inseparabilidad con relación al predio sirviente fuese una necesidad social que las leyes por tanto hubiesen de satisfacer, lo mismo ocurriría respecto de cualquiera otro derecho real, como el censo, la hipoteca, el anticresis, acerca de los cuales habría que consignar, de igual modo, su inseparabilidad de la finca ó predio sobre el cual se encuentran constituídos.

Y sin embargo, jamás al legislador se le ha ocurrido hacer semejante declaración respecto á estos derechos reales, porque no ha podido menos de comprender que la inseparabilidad del derecho real, relativamente á la finca sobre la cual pese, no es otra cosa que la misma sujeción

que determina la propia naturaleza del derecho real respectivo, impidiendo al dueño de la finca disponer de la utilidad que deriva de dicha sujeción.

No puede decirse lo mismo tratándose del predio dominante. En éste, lejos de cercenarse las utilidades del dueño, se amplían con las de otro predio de pertenencia distinta; y lejos, por tanto, de implicar la servidumbre constituída una sujeción ó prohibición de disfrutar y disponer de alguna utilidad del mismo, implica, por el contrario, un derecho agregado ó complementario del que en el predio dominante asiste ya á su respectivo dueño; reunión ó conjunto de derechos de los que podría disponerse junta ó separadamente si la ley no lo prohibiera levantando, al efecto, el principio de la inseparabilidad de la servidumbre.

Por esto este principio, que tiene verdadera razón de ser, representando una necesidad jurídica en el predio dominante, no la tiene en el predio sirviente, porque en este último nunca tendrá ni podrá tener otro valor que el de la sujeción que implica todo derecho real, cualquiera que él sea, sobre la finca en que radica.

A buen seguro que si el Código no hubiera considerado á la servidumbre como gravamen, según aparece de la definición del art. 530, sino que la hubiera estimado como un derecho, esto es, el especial que la caracteriza entre los distintos derechos de propiedad, no habría incurrido en el error, ó por mejor decir redundancia jurídica, de declarar, por el art. 534, que la servidumbre es inseparable de la finca á que pasivamente pertenece, queriendo sin duda decir en que pasivamente radica. Y es que el gravamen ó sujeción que en el predio sirviente origina la servidumbre, no es cosa especial ó característica de ésta, sino común y genérica á todo derecho real, en los límites más ó menos extensos de su respectivo alcance; y, por el contrario, lo característico ó propio de la servidumbre se cir-

cunscribe al derecho de propiedad que la misma determina, porque en la esfera de este derecho, así en cuanto á su origen como en lo relativo á su forma y á sus efectos respectivos, es donde se modela, por decirlo así, la naturaleza particular que en el orden jurídico tienen las distintas instituciones que comprende el derecho de propiedad.

El principio de inseparabilidad, de consiguiente, sólo puede ser útil establecerlo donde la sujeción no es una necesidad inherente á la naturaleza de la institución de que se trate, y por esto el Proyecto se limita á proclamar, en el art. 1.404, el principio de la inseparabilidad respecto al predio dominante, que es donde puede surtir efecto el interés jurídico de evitar que el dueño de un predio disponga separadamente de sus diversas utilidades, y de consignar como consigna también dicho art. 1.404 que, como utilidad inherente ó incorporada al predio con entera independencia de la persona á quien éste pertenezca, la servidumbre aprovecha á todo el que tenga un derecho real constituído sobre el mismo.

Artículo 535. — Trátase en este artículo de la indivisibilidad de la servidumbre, pero, por desgracia para el valor jurídico de esta institución de derecho, se muestran en él las consecuencias de la referida confusión y errores cometidos, tanto al calificar de gravamen á la servidumbre, como al desarrollar el principio de la inseparabilidad de la servidumbre en el artículo anterior.

Así resulta el notorio contrasentido, que parece imposible haya pasado desapercibido al legislador, de que precisamente por dicho art. 535 se proclame el principio de la indivisibilidad de la servidumbre, reconociendo al mismo tiempo la divisibilidad y fraccionamiento indefinido de la servidumbre misma.

El absurdo de semejante criterio lo revela marcadamente el párrafo 2.º del mismo art. 535 al establecer que

si el predio dominante se divide entre dos ó más, cada porcionero puede usar por entero de la servidumbre; en una palabra, que cada parte del predio, que por la división de éste constituye predio distinto, lleva consigo por entero la servidumbre constituída sobre aquél; con lo cual queda demostrado que se altera ó se destruye la naturaleza originaria de la servidumbre misma, toda vez que el derecho de un predio pasa á ser derecho de predios diferentes, que por esta sola razón se convierte en tantos derechos cuantos son los predios, y resulta, de igual modo, que la sujeción establecida en favor de un solo predio queda en adelante como sujeción establecida en favor de varios predios.

Esta es la realidad, mal que pese á la indivisibilidad proclamada por el Código. Y á buen seguro que si el Código, en lugar de calificar á la servidumbre como gravamen, la hubiera calificado de derecho, al llegar al punto de la indivisibilidad habría comprendido que la indivisibilidad del derecho implica necesariamente su singularidad y que hay que optar, por lo mismo, por establecer igualmente esta singularidad si la indivisibilidad ha de ser verdadera, ó acceder francamente á la divisibilidad si se admite el principio de la variedad en el derecho.

Sobre este particular me propongo volver; pero ante todo debo observar que los redactores del Código sin duda se sintieron atraídos por la circunstancia de que ningún inconveniente había ni podía haber en que, si el predio sirviente se dividía, subsistiera en su plena y originaria integridad la servidumbre establecida sobre el mismo.

Como para el legislador la servidumbre es un gravamen y, por tanto, lo característico de la servidumbre consiste en su valor respecto al predio sirviente, debióle probablemente parecer muy natural el principio de la indivisibilidad, desde el momento en que la sujeción de este pre-

dio, aun dividido, podía subsistir en su forma originaria.

He aquí por qué indicaba que si en lugar de considerar la servidumbre como un gravamen se hubiese considerado como un derecho, habría visto el legislador que lo que es posible respecto al predio sirviente no lo es respecto al predio dominante, esto es, respecto al derecho de servidumbre, y, por consiguiente, que quiera ó no quiera, aun disfrazando la realidad con la ficción jurídica de la indivisibilidad y aun tratando de ocultar el error bajo la fórmula incierta, vaga é impropia de que no se altere el lugar de la servidumbre ni se la agrave de otra manera, siempre resultará que la servidumbre originariamente una dará lugar á la multiplicidad de servidumbres mientras se declare lo que el Código establece en el párrafo 2.° del art. 535 y no se reconozca, por lo mismo, según antes decía, que la indivisibilidad jurídica no es tal indivisibilidad si no va acompañada esencialmente de la singularidad del derecho.

El Código se ha fijado en la indivisibilidad del gravamen, es decir, en la indivisibilidad de lo que no es alterable ni transmisible, y que por consiguiente es sólo el efecto de todo derecho real establecido sobre un predio.

Pero el Código no se ha fijado en la indivisibilidad del derecho, que es precisamente lo característico y privativo de la servidumbre; y sólo por dicho olvido se comprende que haya sacrificado el principio de la singularidad del derecho, sin la cual la indivisibilidad de la servidumbre no es posible.

En lugar de decir que por ser la servidumbre indivisible no puede sostenerse sobre dos partes de un predio cuando cada una de ellas constituya un predio distinto, se ha lanzado á afirmar que porque el gravamen es indivisible ha de serlo también el derecho de servidumbre, subordinando, por tanto, el valor jurídico del derecho al valor jurídico del gravamen, siendo así que este último

es sólo lo común á todo derecho real, y lo primero lo privativo ó peculiar de la institución de la servidumbre.

Esta posposición ó subordinación del derecho al gravamen ha llevado consigo, como no podía menos de suceder, la contradicción ó absurdo que antes he señalado, proclamando la indivisibilidad en lo mismo que se declara divisible y susceptible, por tanto, de un fraccionamiento indefinido.

Por esto en el Proyecto no he podido seguir al Código en este punto, ya que, para traducir con franqueza la realidad y no salir del paso únicamente por medio de una fórmula, ocasionada además á múltiples pleitos, me encontraba ante el dilema, anteriormente referido, de rechazar por completo el principio de indivisibilidad de la servidumbre ó de aceptar resueltamente el de singularidad del derecho de propiedad en que la misma consiste.

Manteniendo, como á mi juicio corresponde, el principio de la indivisibilidad, destina el Proyecto á su desarrollo tres artículos, de los cuales el 1.308 y el 1.309 forman parte de la doctrina general en materia de servidumbres, y el 1.406 de la doctrina general también acerca de las servidumbres reales, toda vez que sólo relativamente á estas últimas puede tener utilidad lo referente al fraccionamiento ó distribución del predio dominante, ó sea la formación de fincas ó predios distintos con sus diferentes partes.

Afírmase, ante todo, por el art. 1.308 del Proyecto, en qué consiste ó cuál es el efecto capital del principio de indivisibilidad en materia de servidumbres.

El Código se limita al enunciado de este principio, fiando, sin duda, á la jurisprudencia su calificación, que había sido por ella determinada ya con anterioridad al Código, en conformidad á lo que al efecto establece el mencionado artículo del Proyecto.

De las aplicaciones de dicho principio, ocúpase tam-

bién el Código en los dos párrafos que comprende el artículo 535.

Nada he de decir respecto al primero, con el cual, salvo alguna variante de redacción para darle mayor claridad, resulta en armonía el párrafo 1.° del art. 1.309 del Proyecto; pues ya he dicho hace poco que las dificultades de la doctrina de la indivisibilidad de la servidumbre no se muestran ni pueden mostrarse respecto al predio sirviente, toda vez que en éste lo inalterable de la originaria determinación de la sujeción ó restricción dominical que aquélla lleva consigo no es otra cosa que el efecto de la existencia de todo derecho real, ya se trate de servidumbre ó de cualquier otro derecho de propiedad.

Las dificultades, ó mejor dicho, la verdadera utilidad de aplicación de aquel principio, se muestran en el predio dominante, y con más exactitud en el derecho de servidumbre, ya con relación al predio en cuyo beneficio se establece, si es real, ya con relación á la persona en cuyo favor esté constituída, si es personal.

En este punto, el problema jurídico puede plantearse, según expresan las últimas palabras del art. 1.308 del Proyecto, ó por la división de la cosa, ó por la propiedad común del derecho de servidumbre; útil esto último lo mismo para las servidumbres reales que para las servidumbres personales, así como solamente para las servidumbres reales, cuando se trata de aquella división.

Por esto el Proyecto, á diferencia del párrafo 2.° del artículo 535 del Código, se ocupa en los párrafos 2.° y 3.° del referido art. 1.309 de dichas dos situaciones (la de la comunidad en el derecho ó la de la división de la cosa) en que, respecto al predio dominante, puede presentarse el problema relativo al de la indivisibilidad de las servidumbres.

Lo que el Código consigna en el párrafo 2.° del art. 535, eso mismo consigna el Proyecto, aunque expresando ex-

plícitamente su común aplicación, así á las servidumbres reales como á las personales, cuando se trata de la propiedad común en el derecho en que la referida servidumbre consiste.

No es este, sin embargo, al parecer, el criterio que informa el párrafo 2.° del artículo del Código. Habla, según revelan sus primeras palabras, del caso en que el predio dominante se divide entre dos ó más, es decir, de aquel en que pasen á la condición de predios distintos las que primitivamente sean tan sólo partes ó fracciones del predio dominante; y he aquí, á mi juicio, en lo que el Código ha incurrido en un nuevo error, aplicando á la distribución ó fraccionamiento del predio una doctrina verdadera para cuando, subsistiendo la unidad del predio, sólo sobreviene la propiedad común, ó sea la pluralidad ó variedad personal en la pertenencia del derecho.

El silencio del Código sobre esto constituye una importante omisión, así como la aplicación de lo que en dicho caso correspondería á aquel en que se trata de la división del predio, lleva consigo el error ó por mejor decir, contradicción de declarar divisible en sus aplicaciones lo que en principio se proclama como cosa indivisible.

Frente á este error ó contradicción del Código consigna el Proyecto el párrafo 2.° de dicho art. 1.309, cuyo desarrollo, por lo que atañe á las servidumbres reales, aparece, según decía, en el art. 1.406 del mismo proyecto.

Inspírase, así este artículo como aquel párrafo, en el principio de la indivisibilidad del predio como base de la indivisibilidad del derecho de servidumbre; principio que, como desde luego se observa, ofrecía dos formas en su aplicación: una de carácter general por la división de la cosa común, y otra de carácter especial por la enajenación parcial de un predio determinado.

De lo primero trátase, al efecto, en el Proyecto en la parte general de las servidumbres; de lo segundo se ocupa

aquél al hacerlo de las servidumbres reales; consignando en su virtud que ni la división podrá considerarse practicada mientras no se determine la parte (elevada á predio) en cuyo favor exclusivamente debe producir efecto la servidumbre, ni se reputará ésta transmitida juntamente con parte alguna del predio dominante en tanto no se declare expresamente la transferencia, y siempre sobre la base de no poder ser eficaz en dos ó más partes que por la enajenación hayan de formar predios distintos.

En este sentido el Proyecto se pronuncia por un criterio esencialmente distinto del que informa el párrafo 2.º del art. 535 del Código; pues afirmando, mediante las reglas ó condiciones referidas, la singularidad ó unidad de predio para mantener inalterable la integridad originaria de la servidumbre, á fin de no dar lugar, como el Código, á que sirva en lo futuro á multitud de predios lo que por su origen ó por su constitución debe servir á uno solo, evita de una parte la contradicción por sus aplicaciones del principio de la indivisibilidad, así como de otra la necesidad de acudir á aquella fórmula de que no se altere el lugar de su uso ni se la agrave de otra manera "últimas palabras del art. 535 del Código", cuya vaguedad y consiguiente incertidumbre, además de convertir en una cuestión de hecho lo que es esencialmente una cuestión de derecho, lejos de definir derecho alguno sólo puede servir de pretexto para múltiples y complicados litigios.

SECCIÓN SEGUNDA

De los modos de adquirir las servidumbres.

Artículos 537, 538 y 539.—Me ocupo conjuntamente de estos tres artículos porque, con ocasión de regular la adquisición de las servidumbres, ó más propiamente su constitución, tratan todos ellos de una doctrina tan importante como la de la prescriptibilidad ó imprescriptibilidad de

las servidumbres, pronunciándose en un sentido muy conforme, ciertamente, con lo que á este propósito establecen la mayor parte ó casi todas las legislaciones extranjeras, pero, en mi sentir, enteramente equivocado y contrario á nuestro antiguo derecho, sobre todo cuando puede decirse que las propias disposiciones consignadas en el Código ponen por sí mismas notoriamente de manifiesto semejante equivocación.

La doctrina de estos tres preceptos, especialmente la de los artículos 537 y 539, se reduce á lo siguiente: las servidumbres continuas y aparentes pueden adquirirse por prescripción, siendo imprescriptibles todas las demás; en una palabra, que en materia de prescripción las servidumbres son diferentes, ya que unas sólo pueden adquirirse en virtud de cualquier otro título, y otras, por el contrario, admiten en su adquisición, no sólo un título constitutivo, sino también el que integra la prescripción.

Doctrina es esta, como hacía presente, enteramente disconforme con lo que sobre semejante particular establecía nuestro antiguo Derecho (leyes 15 y 16, tít. XXXI, Partida 3.ª), cuya reforma ni considero enteramente ajustada á la ley de Bases para la redacción del Código, ni resulta tampoco acomodada al Proyecto de 1851, habiendo, como han estimado los redactores del Código, la necesidad de introducir en la doctrina de aquel Proyecto el art. 538 del nuevo Cuerpo legal.

De seguro que si hubieran examinado atentamente los redactores del Código este precepto, con el cual trataron de completar ó corregir la reforma iniciada en el Proyecto de Código de 1851, de acuerdo con lo establecido en la legislación francesa (art. 691), habrían observado que precisamente por él admitíase lo contrario de lo que se proponían establecer, aunque en este error hicieran causa común con los redactores del Código italiano (631).

Y digo esto, porque á poco que se medite se ve que el

referido art. 538, ó no tiene utilidad alguna, resultando de consiguiente un precepto baldío que pudiera suprimirse, de igual suerte que hicieron caso omiso de su doctrina así el Código civil francés como nuestro Proyecto de 1851, ó sólo puede tener verdadera utilidad rectificando el principio consignado en el art. 539, volviendo, en una palabra, á la doctrina fundamental que en este punto inspiraba nuestra antigua legislación y reconociendo, por tanto, que también pueden constituirse ó adquirirse por prescripción las servidumbres que el art. 539 estima como imprescriptibles, siempre que relativamente á ellas se den en cuanto á la posesión del uso en que consistan, las condiciones ó circunstancias á qué hace referencia el mencionado art. 539 del Código.

Se dirá que de esta suerte así como el art. 538 sigue inmediatamente al 537 para referirse como se refiere á las servidumbres de que trata este último artículo, debía, por el contrario, haber seguido en numeración al art. 539, para referirse tan sólo á las servidumbres de que éste se ocupa.

La razón es bien sencilla, sólo requiere un poco de atención.

Hablar como hace el art. 538 de las servidumbres positivas, es hacerlo de las que dependen de actos del hombre, que son precisamente las discontinuas, según el artículo 532, excluídas expresamente del art. 537 y comprendidas nominalmente en el 539.

Pues lo mismo ocurre con las servidumbres negativas, de que trata también el art. 538, porque éstas, si bien pueden ser continuas por no necesitar la intervención de hecho alguno del hombre, son precisamente no aparentes, resultando, por tanto, en este concepto expresamente excluídas del art. 537 y comprendidas también nominalmente en el art. 539.

Véase, pues, cuán esplícitamente resulta que son en

realidad prescriptibles las servidumbres que el mismo Código en su art. 539 las declara imprescriptibles; y véase, de consiguiente, cuán palmariamente aparece que constituyendo el contenido del art. 538 las servidumbres positivas y negativas, que son por las circunstancias indicadas las nominalmente comprendidas en el art. 539, no puede referirse, como hace el Código, el contenido del art. 538 á las servidumbres de que trata el art. 537, sino que sólo puede referirse á las que menciona el 539; con lo cual se demuestra claramente que como este último artículo declara que no pueden adquirirse por prescripción las servidumbres á que hace referencia, ó está demás el art. 538, ó hay que rectificar el art. 539, estableciendo que también pueden adquirirse por prescripción las servidumbres que menciona cuando se dan las circunstancias de que trata el artículo anterior.

Concretándose como se concreta el art. 537 á las servidumbres continuas que á la vez sean aparentes, ni pueden ser positivas porque dejarían de ser continuas, ni pueden ser negativas porque serían no aparentes; y de consiguiente, tratando el art. 538 de las positivas y negativas, es evidentísimo que para las servidumbres del artículo 537 no puede el 538 tener la menor aplicación.

Así, pues, ó hay que hacer, en armonía con el Código francés y el Proyecto de 1851, la supresión del art. 538, si se intenta llevar á cabo en este punto la reforma radical de nuestra antigua legislación para establecer diferencia entre las servidumbres que pueden adquirirse por prescripción y las que no, ó hay que abandonar enteramente semejante reforma para reconocer que todas pueden adquirirse por prescripción, por más que, en cuanto al modo de prescribir, requieran aquellas á que hace referencia el art. 539 del Código las circunstancias especiales de que trata el art. 538 del mismo Cuerpo legal.

Véase cómo, sin querer, abandonaron los mismos redac-

tores del Código civil la propia reforma que se proponían introducir, y cómo, en realidad, según antes expresaba, basta un poco de meditación acerca de la doctrina para comprender que no hay para qué alterar los principios que en este punto sustentaba nuestro antiguo Derecho, y que es preciso afirmar resueltamente que todas las servidumbres pueden adquirirse por prescripción, aunque difieran, según su clase, en el modo como haya de tener lugar la posesión para prescribir.

Por no distinguir claramente entre el modo de poseer y el título que deriva de la misma prescripción, creyóse, sin duda, por los redactores del Código, como creyeron también los del Código italiano, que no había mejor solución que negar la posibilidad de la prescripción para las servidumbres que el antiguo derecho reconocía prescriptibles por la posesión inmemorial.

Asustados ante la idea de la posesión inmemorial y confundidos en los conceptos de la posesión y de la prescripción, se pronunciaron por negar la posibilidad de esta última allí donde la posesión inmemorial era necesaria.

Muchas podrían ser las observaciones que me sugiriese esta inexplicable confusión; pero en la necesidad de condensar lo posible, dado el carácter de este trabajo, bástame hacer presente que bien podían haber comprendido los alarmados por la posesión inmemorial, que la reforma indispensable en cuanto á este carácter de la posesión, para precisarla y aun determinarla por las circunstancias especiales de que se ocupa el art. 538 del Código, ni había de conducir sin palmaria contradicción á negar, como se ha hecho, la posesión misma, ni á excluir, como se ha hecho también, el título de la prescripción que por ella es posible conseguir.

Refórmese enhorabuena nuestro antiguo Derecho, en lo relativo al modo de poseer, por lo que hace referencia

á las servidumbres, que según nuestro derecho tradicional exigían la posesión inmemorial para prescribir; pero no se lleve la reforma al extremo de alterar el principio en cuya virtud todas las servidumbres pueden adquirirse por prescripción, aunque entre ellas, por su distinta naturaleza, deba ser diverso el modo de determinarse la posesión eficaz para prescribir.

Esto es en el fondo, á mi juicio, lo que sin duda con el mejor deseo se propusieron establecer los redactores del Código, aunque desgraciadamente, por inspirarse en el criterio del Código italiano, acabaron por establecer precisamente lo contrario; y he aquí por qué indicaba que urge desde luego si no se ha de perpetuar la contradicción y el absurdo del mencionado art. 538, restablecer en principio el criterio de nuestra antigua legislación para reformar tan sólo lo relativo á la posesión inmemorial, formulando explícitamente, según aparece en los artículos 1.409, 1.410 y 1.411 del Proyecto, la doctrina de que las servidumbres reales se adquieren lo mismo por la prescripción que por cualquier otro título, que sólo se distinguen en materia de prescripción por el modo en que, según su diversa naturaleza, se determina la posesión para prescribir, y que requieren además para la eficacia de la posesión, respecto á tercero, la inscripción en el Registro de la propiedad de los actos á que hace referencia el art. 538, en aquellas en que por falta de condiciones aparentes no ostentan á la vista de todo el mundo el uso en que consiste su respectiva utilidad jurídica.

Artículo 541. — Aunque la doctrina establecida en este artículo es en principio perfectamente correcta, para no tener que alterar la respectiva condición de los predios cuando por enajenación ó por división de bienes, ó por otras causas, pasa cada uno á poder de distinto dueño, es, sin embargo, por su defectuosa redacción, ocasionada á litigios y, lo que es peor, contraria á los mismos principios

que el Código sustenta en materia de servidumbres, así en cuanto á su naturaleza, por su art. 530, como en lo relativo á su extinción por el art. 546.

Trátase, sin necesidad, de acudir al origen de las servidumbres admitido por algunos Códigos, entre ellos el francés (art. 692), el italiano (art. 632), bajo la denominación de la servidumbre por el destino del padre de familia, de reconocer la existencia de servidumbre por el solo efecto del signo aparente entre dos fincas, cuando ni éstas pertenezcan á distinto dueño al tiempo de su constitución, ni haya dejado de tener lugar entre ellas la reunión en una misma persona de la propiedad de ambos predios.

Estas solas circunstancias, notoriamente opuestas á las exigencias del art. 530 y efectos del número 1.° del artículo 546, habían de ser un obstáculo para sustentar la existencia de servidumbre, aun cuando hubiera signo aparente de su uso entre las fincas de que se trate, si por medio de disposición especial no rectificaba la ley en estos casos particulares, la eficacia de lo dispuesto en aquellos dos preceptos, según se trate de que el dueño de las dos fincas las coloque en condiciones de aprovechar por una las utilidades de la otra, ó de que el dueño las conserve en esta situación, debida originariamente á la constitución y existencia de una verdadera servidumbre.

Fácilmente se comprende la posibilidad de que al recaer en el dominio de una misma persona dos fincas entre las cuales esté constituída una servidumbre, que se revele además por signo aparente, se conserven dichas fincas en la misma condición de material disfrute y aun se enajenen sin alteración alguna de éste ni de los signos aparentes por los cuales se realice; como se comprende igualmente que semejante situación respectiva de los predios sea establecida por el mismo dueño á quien ambas pertenezcan.

En uno y otro caso en que el servicio de un predio á

favor del otro, ó recíproco entre los dos, es debido originariamente al dueño de ambos ó conservado tan sólo por el mismo, había de surgir necesariamente una grave dificultad, capaz de alterar la condición respectiva de los predios, cuando al enajenarse alguno de ellos, ó producirse por división ó por cualquiera otra causa la separación de sus respectivos dominios, no se hiciese en los contratos ú operaciones divisorias constitución especial de servidumbre, fiándose tan sólo á la virtualidad derivada del signo aparente por el cual se aprovecharan en un predio utilidades del otro.

Casos son estos muy frecuentes, especialmente en la división y adjudicación de bienes en materia sucesoria, en todos los cuales la situación jurídica de las fincas no guarda relación con lo que podría llamarse la condición natural de sus utilidades respectivas, puesto que resulta entre los predios prestación de utilidades sin verdadera existencia de servidumbre.

No la hay cuando dicha situación se ha *originado* por el dueño de ambos predios, por la sencilla razón de no tratarse de prestación jurídica en favor de predio perteneciente á distinto dueño; ni la hay tampoco cuando aquella situación se ha *conservado* por la misma persona en cuyo dominio hayan recaído las dos fincas, por la sola razón también de ser (núm. 1.° de dicho art. 546) causa de extinción de la servidumbre el reunirse en una misma persona la propiedad del predio dominante y la del sirviente, habiendo desaparecido, por tanto, la servidumbre constituída con anterioridad á semejante consolidación con el dominio.

¿Cómo renovar, pues, una servidumbre que había concluído, ni cómo dar por establecida ó impuesta una servidumbre entre fincas no pertenecientes á distinto dueño?

He aquí el problema que se ofrecía al legislador para rectificar, en su caso, el precepto destinado á fijar las

condiciones características de la servidumbre real ó el llamado á determinar las causas de extinción de las servidumbres cuando media la circunstancia de que, por signo aparente entre dos fincas, aproveche una de ellas utilidades que deriven ó emanen de la otra.

Claro es que el rigor de los principios no envolvía en el fondo ningún conflicto jurídico, respetando, como quedaba respetada para el derecho, la voluntad de los interesados para establecer ó no servidumbre respecto al uso á que correspondiese el referido signo aparente cuando por cualquier causa se realizase la separación del dominio en cada uno de los predios.

Pero la necesidad de no fiarlo todo en estos casos á la libre estipulación cuando por la existencia del signo aparente pudiese fundadamente creerse en la existencia de servidumbre, llevó al legislador á templar el rigor de los principios buscando una fórmula que, sin menoscabo de la libre voluntad, sirviese para respetar, no obstante dicha separación dominical, la mencionada condición natural en que se hallasen los predios.

En este sentido, la misión del legislador había de dirigirse á que los preceptos sobre estos particulares no alterasen en el fondo los principios reguladores en materia de servidumbres, y esto precisamente es lo que no resulta practicado en el art. 541 y por lo cual entiendo necesaria su reforma en el sentido que determina el art. 1.413 del Proyecto.

Varios son los precedentes que en las legislaciones extranjeras tiene el mencionado artículo del Código. De ellos puede decirse que en cada Código tienen una redacción distinta; pero aun así, no puede menos de reconocerse la imposibilidad de admitir que el signo aparente de servidumbre entre dos fincas sea título para que esta continúe, según establece el Código, cuando aquél haya sido establecido por el propietario de ambas.

Esto equivaldría á decir que un dueño podría establecer servidumbre entre fincas de su misma pertenencia y se desnaturalizaría, de consiguiente, el concepto capital en que descansa la servidumbre real; el que implica, en una palabra, la sola idea de servidumbre.

La servidumbre no puede *continuar* donde legalmente no existe. Si existió, habrá desaparecido por consolidación; si no existió, no ha podido ser impuesta por el propio dueño. Cabrá, pues, que la servidumbre se constituya, pero no que siga; y esto es precisamente lo que al efecto previene el art. 1.413 del Proyecto, abarcando, á diferencia del Código, lo mismo el caso en que el dueño común establezca la referida situación de los predios, que aquel en que el dueño la conserve, y ajustándose además, con mayor exactitud, al título de la sección de que se trata, ó sea de la adquisición de las servidumbres, porque en realidad es más bien título de adquisición de las servidumbres la constitución de las mismas, pero no su continuación.

SECCIÓN TERCERA

Derechos y obligaciones de los propietarios de los predios dominante y sirviente.

Artículo 543. — La modificación de este precepto se limita únicamente á evitar el carácter restrictivo que resulta de su redacción, refiriéndose, como se refiere, tan sólo al dueño del predio dominante ó al dueño del predio sirviente.

Ya antes de ahora he hecho presente que en varios artículos había de volver sobre esta observación, por la que, según el Código, parece encerrarse la eficacia de las servidumbres en el derecho real de dominio y, por tanto, con entera independencia de los demás derechos reales establecidos sobre las fincas á que la servidumbre se refiere.

Aunque quiera suponerse que la locución empleada por el Código deba interpretarse en el sentido de que no se concreten al dueño, sino que se extiendan á todo propietario las referencias del art. 543, siempre resultará la incorrección con que en el Código se hace referencia sólo al dueño; incorrección tanto más significativa, cuanto que precisamente dicha locución difiere de la empleada en el epígrafe de esta misma sección que usa la de propietario, como no sea que se recuerde la confusión con que el Código trata de la propiedad y del dominio, en cuyo sentido más que incorrección habría verdadero error en limitar sólo al dueño la eficacia del art. 543, por tratarse de una materia jurídica que, como expresa claramente el artículo 1.415 del Proyecto, no sólo alcanza y debe alcanzar á *todo* propietario del predio dominante, sino también al poseedor; así como, por el contrario, debe concretarse, respecto al predio sirviente, á su respectivo poseedor.

Artículo 544.—Limitado este artículo á regular la aplicación de lo dispuesto en el anterior cuando sean varios los predios dominantes de una misma servidumbre, y cuando de las obras necesarias para su uso y conservación se utilice también el predio sirviente, nada expondría acerca de su contenido como no fuera para precisar y aclarar su redacción y salvar igualmente, como en otros artículos, el carácter restrictivo por el cual se limita al dueño del predio dominante ó al dueño del predio sirviente la eficacia de sus disposiciones, si entre éstas no encontrara el período que expresa que el que no quiere contribuir á los gastos á que se refiere, podrá eximirse renunciando á la servidumbre en provecho de los demás.

Semejante renuncia, tratándose de una servidumbre, autorizada de tal modo sin restricción alguna, podría fácilmente conducir á que por ella se inutilizaran los derechos reales establecidos sobre el predio dominante y aun las garantías de los que sobre él mismo hubiesen conse-

guido anotación de embargo ó secuestro en el Registro de la propiedad.

Como el Código no se ha fijado en la trascendencia del derecho de servidumbre respecto á los propietarios distintos del dueño, sino que únicamente ha encerrado en éste el valor ó eficacia de las servidumbres reales, no es extraño que le haya parecido cosa corriente dejar á merced de la voluntad del dueño del predio dominante y con ocasión de los gastos para obras de conservación de la servidumbre, y aun sin limitación alguna en este punto, la suerte de todos los derechos reales establecidos sobre el referido predio, autorizando como autoriza explícitamente al dueño para renunciar la servidumbre en provecho de los demás dueños de los predios dominantes.

Al legislador español le ha parecido, por lo visto, muy corriente que, independientemente del usufructo, del censo y de cualquier otro derecho real, el dueño de una finca pudiera destruir ó menoscabar al menos la garantía de un acreedor hipotecario renunciando una servidumbre que podría ser quizás el elemento principal de la utilidad de la finca hipotecada.

Enhorabuena que al dueño se le conceda la facultad que el Código le otorga, pero no sin restricción alguna; y en este punto entiendo que lo menos que cabe hacer, según previene al efecto el art. 1.416 del Proyecto, es reconocer á cuantos tengan algún derecho real sobre el predio dominante, ó anotación de embargo ó secuestro en el Registro de la propiedad, esto es, á los que de algún modo resulten directamente interesados en la finca de que se trate, el derecho de hacer ineficaz la renuncia y establecer al efecto, como salvaguardia de su respectivo interés, la necesidad de darles oportuno conocimiento en forma análoga ó idéntica á la prevenida actualmente por el art. 34 de la ley Hipotecaria respecto á los casos especiales á que hace referencia.

Artículo 545. – Nada tampoco tendría que observar acerca del contenido de este artículo, si el Código contuviera un precepto análogo al del art. 1.310 del Proyecto que acompaño.

Siendo como es la forma de la servidumbre, no sólo esencial, sino el elemento característico de la misma, y tratándose como se trata en toda servidumbre de una limitación ó restricción del dominio, para la cual es indispensable la mayor precisión posible, he considerado que no sólo para el caso á que se refiere el artículo de que me ocupo, sino como doctrina general de las servidumbres para afirmar en ellas la esencialidad de su forma y evitar las contiendas y litigios que podrían sobrevenir si autorizándose las variaciones sucesivas pudiera prestarse á comparación la existencia de la servidumbre y la de su forma respectiva según el tiempo de su uso, se hacía indispensable establecer el principio de que todo cambio ó modificación de alguna servidumbre requiera necesariamente su nueva constitución.

Salvada de esta suerte la integridad de la servidumbre en todos y cada uno de los elementos que la constituyen, nada importa ciertamente, y antes bien es medida tan equitativa como justa, la prevenida en el art. 545 del Código, que reproduce el Proyecto por el art. 1.417; pues, como expresan sus términos, la medida legal consiste en reconocer la facultad de modificar la servidumbre en las circunstancias especiales á que se refiere el mencionado artículo y, de consiguiente, sin perjuicio de formalizar la modificación con arreglo á lo prevenido para los casos en que proceda.

SECCIÓN CUARTA

De los modos de extinguirse las servidumbres.

Artículo 546. — La sola comparación de este artículo con el 1.418 del Proyecto revela que nada tendría que observar, respecto á su contenido, si hubiera salvado de

algún modo la materia á que se refiere el último párrafo que contiene el mencionado artículo de mi Proyecto.

Trátase de evitar el conflicto posible entre los interesados en diversos derechos reales sobre una misma finca, cuando la extinción de las servidumbres sea resultado de actos de alguno de ellos ó de alguna circunstancia relativa á uno solo.

Así sucede, por ejemplo, con la consolidación en el dominio, con la renuncia ó con la redención, causas todas por las que, á no dudar, sobrevendría la extinción de la servidumbre si su trascendencia no alcanzara más que á la persona del dueño.

Pero ya he hecho notar antes que la eficacia irradia y se extiende á todo propietario, y de consiguiente, á cuantos tengan un derecho real establecido sobre las fincas de que se trata; con lo cual es evidente que aun cuando, por ejemplo, se reunan en una misma persona el dominio del predio dominante y el del sirviente, no por esto quedará extinguida la servidumbre respecto al usufructuario ó al que tenga algún otro derecho real sobre el predio dominante, por la imposibilidad de traducirse en perjuicio de un tercero las circunstancias especiales que afectan á uno solo de los interesados en un predio.

Claro es que si son temporales los derechos reales de que se trate, más ó menos tarde conseguirá eficacia la consolidación iniciada durante la existencia de los mismos; pero no es menos cierto que mientras estos subsistan y puedan verse perjudicados por las causas de extinción de la servidumbre relativas á la persona del dueño, la servidumbre continuará subsistente para mantener la integridad respectiva de los demás derechos reales.

Ya á este efecto previene el Código alemán (artículos 960 y 977) la necesidad de que los terceros consientan expresamente en la extinción de la servidumbre, cuando

tores del Código civil la propia reforma que se proponían introducir, y cómo, en realidad, según antes expresaba, basta un poco de meditación acerca de la doctrina para comprender que no hay para qué alterar los principios que en este punto sustentaba nuestro antiguo Derecho, y que es preciso afirmar resueltamente que todas las servidumbres pueden adquirirse por prescripción, aunque difieran, según su clase, en el modo como haya de tener lugar la posesión para prescribir.

Por no distinguir claramente entre el modo de poseer y el título que deriva de la misma prescripción, creyóse, sin duda, por los redactores del Código, como creyeron también los del Código italiano, que no había mejor solución que negar la posibilidad de la prescripción para las servidumbres que el antiguo derecho reconocía prescriptibles por la posesión inmemorial.

Asustados ante la idea de la posesión inmemorial y confundidos en los conceptos de la posesión y de la prescripción, se pronunciaron por negar la posibilidad de esta última allí donde la posesión inmemorial era necesaria.

Muchas podrían ser las observaciones que me sugiriese esta inexplicable confusión; pero en la necesidad de condensar lo posible, dado el carácter de este trabajo, bástame hacer presente que bien podían haber comprendido los alarmados por la posesión inmemorial, que la reforma indispensable en cuanto á este carácter de la posesión, para precisarla y aun determinarla por las circunstancias especiales de que se ocupa el art. 538 del Código, ni había de conducir sin palmaria contradicción á negar, como se ha hecho, la posesión misma, ni á excluir, como se ha hecho también, el título de la prescripción que por ella es posible conseguir.

Refórmese enhorabuena nuestro antiguo Derecho, en lo relativo al modo de poseer, por lo que hace referencia

á las servidumbres, que según nuestro derecho tradicional exigían la posesión inmemorial para prescribir; pero no se lleve la reforma al extremo de alterar el principio en cuya virtud todas las servidumbres pueden adquirirse por prescripción, aunque entre ellas, por su distinta naturaleza, deba ser diverso el modo de determinarse la posesión eficaz para prescribir.

Esto es en el fondo, á mi juicio, lo que sin duda con el mejor deseo se propusieron establecer los redactores del Código, aunque desgraciadamente, por inspirarse en el criterio del Código italiano, acabaron por establecer precisamente lo contrario; y he aquí por qué indicaba que urge desde luego si no se ha de perpetuar la contradicción y el absurdo del mencionado art. 538, restablecer en principio el criterio de nuestra antigua legislación para reformar tan sólo lo relativo á la posesión inmemorial, formulando explícitamente, según aparece en los artículos 1.409, 1.410 y 1.411 del Proyecto, la doctrina de que las servidumbres reales se adquieren lo mismo por la prescripción que por cualquier otro título, que sólo se distinguen en materia de prescripción por el modo en que, según su diversa naturaleza, se determina la posesión para prescribir, y que requieren además para la eficacia de la posesión, respecto á tercero, la inscripción en el Registro de la propiedad de los actos á que hace referencia el art. 538, en aquellas en que por falta de condiciones aparentes no ostentan á la vista de todo el mundo el uso en que consiste su respectiva utilidad jurídica.

Artículo 541. — Aunque la doctrina establecida en este artículo es en principio perfectamente correcta, para no tener que alterar la respectiva condición de los predios cuando por enajenación ó por división de bienes, ó por otras causas, pasa cada uno á poder de distinto dueño, es, sin embargo, por su defectuosa redacción, ocasionada á litigios y, lo que es peor, contraria á los mismos principios

que el Código sustenta en materia de servidumbres, así en cuanto á su naturaleza, por su art. 530, como en lo relativo á su extinción por el art. 546.

Trátase, sin necesidad, de acudir al origen de las servidumbres admitido por algunos Códigos, entre ellos el francés (art. 692), el italiano (art. 632), bajo la denominación de la servidumbre por el destino del padre de familia, de reconocer la existencia de servidumbre por el solo efecto del signo aparente entre dos fincas, cuando ni éstas pertenezcan á distinto dueño al tiempo de su constitución, ni haya dejado de tener lugar entre ellas la reunión en una misma persona de la propiedad de ambos predios.

Estas solas circunstancias, notoriamente opuestas á las exigencias del art. 530 y efectos del número 1.° del artículo 546, habían de ser un obstáculo para sustentar la existencia de servidumbre, aun cuando hubiera signo aparente de su uso entre las fincas de que se trate, si por medio de disposición especial no rectificaba la ley en estos casos particulares, la eficacia de lo dispuesto en aquellos dos preceptos, según se trate de que el dueño de las dos fincas las coloque en condiciones de aprovechar por una las utilidades de la otra, ó de que el dueño las conserve en esta situación, debida originariamente á la constitución y existencia de una verdadera servidumbre.

Fácilmente se comprende la posibilidad de que al recaer en el dominio de una misma persona dos fincas entre las cuales esté constituída una servidumbre, que se revele además por signo aparente, se conserven dichas fincas en la misma condición de material disfrute y aun se enajenen sin alteración alguna de éste ni de los signos aparentes por los cuales se realice; como se comprende igualmente que semejante situación respectiva de los predios sea establecida por el mismo dueño á quien ambas pertenezcan.

En uno y otro caso en que el servicio de un predio á

favor del otro, ó recíproco entre los dos, es debido originariamente al dueño de ambos ó conservado tan sólo por el mismo, había de surgir necesariamente una grave dificultad, capaz de alterar la condición respectiva de los predios, cuando al enajenarse alguno de ellos, ó producirse por división ó por cualquiera otra causa la separación de sus respectivos dominios, no se hiciese en los contratos ú operaciones divisorias constitución especial de servidumbre, fiándose tan sólo á la virtualidad derivada del signo aparente por el cual se aprovecharan en un predio utilidades del otro.

Casos son estos muy frecuentes, especialmente en la división y adjudicación de bienes en materia sucesoria, en todos los cuales la situación jurídica de las fincas no guarda relación con lo que podría llamarse la condición natural de sus utilidades respectivas, puesto que resulta entre los predios prestación de utilidades sin verdadera existencia de servidumbre.

No la hay cuando dicha situación se ha *originado* por el dueño de ambos predios, por la sencilla razón de no tratarse de prestación jurídica en favor de predio perteneciente á distinto dueño; ni la hay tampoco cuando aquella situación se ha *conservado* por la misma persona en cuyo dominio hayan recaído las dos fincas, por la sola razón también de ser (núm. 1.° de dicho art. 546) causa de extinción de la servidumbre el reunirse en una misma persona la propiedad del predio dominante y la del sirviente, habiendo desaparecido, por tanto, la servidumbre constituída con anterioridad á semejante consolidación con el dominio.

¿Cómo renovar, pues, una servidumbre que había concluído, ni cómo dar por establecida ó impuesta una servidumbre entre fincas no pertenecientes á distinto dueño?

He aquí el problema que se ofrecía al legislador para rectificar, en su caso, el precepto destinado á fijar las

artículo 70 del título XII, libro III del Código de la República Argentina.

Pues si además se considera que los términos del artículo 547 del Código luchan, en cierto modo, con el epígrafe de la sección en que viene comprendido, según el cual se trata de los modos de extinguirse las servidumbres, siendo así que el art. 547 se refiere á la manera de adquirirlas por prescripción, se comprenderá con doble motivo la necesidad anteriormente indicada de prescindir, como ha prescindido el Proyecto, de semejante disposición.

Artículo 548.—Completamente correcta, según el derecho que deriva de las condiciones bajo las cuales existe la propiedad común, es la disposición que contiene este artículo del Código.

Bueno fuera, sin embargo, modificar su redacción en los términos que resulta del primer párrafo del art. 1.419 del Proyecto, para que no quepa suponer, ni que la prescripción pueda impedirse con relación á las personas, toda vez que, tratándose de las servidumbres reales, todo obstáculo para prescribir es relativo á los predios, ni que el acto de uno de los copartícipes impida la prescripción respecto de los demás, que es lo que dice el Código, como si no la impidiera igualmente con relación á él.

Lo que hay que fijar en este punto es tan sólo si el acto de uno ó de varios basta ó no para impedir la prescripción de la servidumbre; pues mientras ésta subsista, existirá en favor del predio común, y aprovechará, por tanto, su existencia á cuantos sean copartícipes en la propiedad del predio.

Por lo demás, entiendo también, como establece el párrafo segundo del art. 1.419 del Proyecto, que al prevenir el Código, por el artículo de que me estoy ocupando, lo relativo al caso en que el predio dominante esté en propiedad común, ha debido prevenir el caso en que sean

varios los predios dominantes de una misma servidumbre; pues del mismo modo que se ocupa de este caso el Código en el art. 544, para las obras que haga necesarias el uso y conservación de la servidumbre, debía hacerlo para los obstáculos que en dichas circunstancias sirvan para impedir su prescripción.

CAPÍTULO II

De las servidumbres legales.

SECCIÓN PRIMERA

Disposiciones generales.

Artículos 549, 550 y 551. — El epígrafe de este capítulo me llevaría á hacer extensas observaciones si al tratar de las servidumbres en general, y aun al ocuparme de las llamadas limitaciones del dominio, no hubiera hecho presente la impropiedad con que son consideradas las servidumbres en el Código, dando á entender, por el art. 530, que se reserva esta institución tan sólo para la materia que según nuestro antiguo derecho correspondía á las servidumbres reales y rectificando á renglón seguido, por el art. 531, la doctrina referida, aunque más bien en el nombre que en el fondo; porque en realidad, según ya tuve ocasión de manifestar al ocuparme de este último artículo, no es fácil saber lo que el Código entiende por servidumbres en provecho de las entidades personales á que dicho artículo se refiere, ni aciertan los comentaristas á ponerse de acuerdo sobre el sentido y el variado contenido del mencionado artículo.

Si las servidumbres legales deben recaer únicamente entre aquellas cuya naturaleza jurídica conviene con lo prevenido en el art. 530, ó si se extienden á su vez á las que informen su naturaleza jurídica en la disposición del

Aunque quiera suponerse que la locución empleada por el Código deba interpretarse en el sentido de que no se concreten al dueño, sino que se extiendan á todo propietario las referencias del art. 543, siempre resultará la incorrección con que en el Código se hace referencia sólo al dueño; incorrección tanto más significativa, cuanto que precisamente dicha locución difiere de la empleada en el epígrafe de esta misma sección que usa la de propietario, como no sea que se recuerde la confusión con que el Código trata de la propiedad y del dominio, en cuyo sentido más que incorrección habría verdadero error en limitar sólo al dueño la eficacia del art. 543, por tratarse de una materia jurídica que, como expresa claramente el artículo 1.415 del Proyecto, no sólo alcanza y debe alcanzar á *todo* propietario del predio dominante, sino también al poseedor; así como, por el contrario, debe concretarse, respecto al predio sirviente, á su respectivo poseedor.

Artículo 544.—Limitado este artículo á regular la aplicación de lo dispuesto en el anterior cuando sean varios los predios dominantes de una misma servidumbre, y cuando de las obras necesarias para su uso y conservación se utilice también el predio sirviente, nada expondría acerca de su contenido como no fuera para precisar y aclarar su redacción y salvar igualmente, como en otros artículos, el carácter restrictivo por el cual se limita al dueño del predio dominante ó al dueño del predio sirviente la eficacia de sus disposiciones, si entre éstas no encontrara el período que expresa que el que no quiere contribuir á los gastos á que se refiere, podrá eximirse renunciando á la servidumbre en provecho de los demás.

Semejante renuncia, tratándose de una servidumbre, autorizada de tal modo sin restricción alguna, podría fácilmente conducir á que por ella se inutilizaran los derechos reales establecidos sobre el predio dominante y aun las garantías de los que sobre él mismo hubiesen conse-

guido anotación de embargo ó secuestro en el Registro de la propiedad.

Como el Código no se ha fijado en la trascendencia del derecho de servidumbre respecto á los propietarios distintos del dueño, sino que únicamente ha encerrado en éste el valor ó eficacia de las servidumbres reales, no es extraño que le haya parecido cosa corriente dejar á merced de la voluntad del dueño del predio dominante y con ocasión de los gastos para obras de conservación de la servidumbre, y aun sin limitación alguna en este punto, la suerte de todos los derechos reales establecidos sobre el referido predio, autorizando como autoriza explícitamente al dueño para renunciar la servidumbre en provecho de los demás dueños de los predios dominantes.

Al legislador español le ha parecido, por lo visto, muy corriente que, independientemente del usufructo, del censo y de cualquier otro derecho real, el dueño de una finca pudiera destruir ó menoscabar al menos la garantía de un acreedor hipotecario renunciando una servidumbre que podría ser quizás el elemento principal de la utilidad de la finca hipotecada.

Enhorabuena que al dueño se le conceda la facultad que el Código le otorga, pero no sin restricción alguna; y en este punto entiendo que lo menos que cabe hacer, según previene al efecto el art. 1.416 del Proyecto, es reconocer á cuantos tengan algún derecho real sobre el predio dominante, ó anotación de embargo ó secuestro en el Registro de la propiedad, esto es, á los que de algún modo resulten directamente interesados en la finca de que se trate, el derecho de hacer ineficaz la renuncia y establecer al efecto, como salvaguardia de su respectivo interés, la necesidad de darles oportuno conocimiento en forma análoga ó idéntica á la prevenida actualmente por el art. 34 de la ley Hipotecaria respecto á los casos especiales á que hace referencia.

Artículo 545. – Nada tampoco tendría que observar acerca del contenido de este artículo, si el Código contuviera un precepto análogo al del art. 1.310 del Proyecto que acompaño.

Siendo como es la forma de la servidumbre, no sólo esencial, sino el elemento característico de la misma, y tratándose como se trata en toda servidumbre de una limitación ó restricción del dominio, para la cual es indispensable la mayor precisión posible, he considerado que no sólo para el caso á que se refiere el artículo de que me ocupo, sino como doctrina general de las servidumbres para afirmar en ellas la esencialidad de su forma y evitar las contiendas y litigios que podrían sobrevenir si autorizándose las variaciones sucesivas pudiera prestarse á comparación la existencia de la servidumbre y la de su forma respectiva según el tiempo de su uso, se hacía indispensable establecer el principio de que todo cambio ó modificación de alguna servidumbre requiera necesariamente su nueva constitución.

Salvada de esta suerte la integridad de la servidumbre en todos y cada uno de los elementos que la constituyen, nada importa ciertamente, y antes bien es medida tan equitativa como justa, la prevenida en el art. 545 del Código, que reproduce el Proyecto por el art. 1.417; pues, como expresan sus términos, la medida legal consiste en reconocer la facultad de modificar la servidumbre en las circunstancias especiales á que se refiere el mencionado artículo y, de consiguiente, sin perjuicio de formalizar la modificación con arreglo á lo prevenido para los casos en que proceda.

SECCIÓN CUARTA

De los modos de extinguirse las servidumbres.

Artículo 546. — La sola comparación de este artículo con el 1.418 del Proyecto revela que nada tendría que observar, respecto á su contenido, si hubiera salvado de

algún modo la materia á que se refiere el último párrafo que contiene el mencionado artículo de mi Proyecto.

Trátase de evitar el conflicto posible entre los interesados en diversos derechos reales sobre una misma finca, cuando la extinción de las servidumbres sea resultado de actos de alguno de ellos ó de alguna circunstancia relativa á uno solo.

Así sucede, por ejemplo, con la consolidación en el dominio, con la renuncia ó con la redención, causas todas por las que, á no dudar, sobrevendría la extinción de la servidumbre si su trascendencia no alcanzara más que á la persona del dueño.

Pero ya he hecho notar antes que la eficacia irradia y se extiende á todo propietario, y de consiguiente, á cuantos tengan un derecho real establecido sobre las fincas de que se trata; con lo cual es evidente que aun cuando, por ejemplo, se reunan en una misma persona el dominio del predio dominante y el del sirviente, no por esto quedará extinguida la servidumbre respecto al usufructuario ó al que tenga algún otro derecho real sobre el predio dominante, por la imposibilidad de traducirse en perjuicio de un tercero las circunstancias especiales que afectan á uno solo de los interesados en un predio.

Claro es que si son temporales los derechos reales de que se trate, más ó menos tarde conseguirá eficacia la consolidación iniciada durante la existencia de los mismos; pero no es menos cierto que mientras estos subsistan y puedan verse perjudicados por las causas de extinción de la servidumbre relativas á la persona del dueño, la servidumbre continuará subsistente para mantener la integridad respectiva de los demás derechos reales.

Ya á este efecto previene el Código alemán (artículos 960 y 977) la necesidad de que los terceros consientan expresamente en la extinción de la servidumbre, cuando

ésta deba tener lugar por lo que aquel Código designa con el nombre de acto jurídico; pero entiendo que sin necesidad de llegar á este extremo, que al fin y al cabo siempre queda á salvo en el caso en que exista conformidad entre todos los interesados, la necesidad jurídica de no alterar los derechos correspondientes á terceros queda satisfecha con lo prevenido en el último párrafo del art. 1.418 del Proyecto, que, en todo caso, dejará pendiente la eficacia de la causa extintiva de la servidumbre, en las circunstancias á que hace referencia, para el momento en que no exista sobre el predio dominante derecho real perteneciente á persona distinta del dueño.

Artículo 547. — Lo dispuesto en este artículo es una consecuencia de no tener clara idea del concepto de la servidumbre.

No niego que casi todos los Códigos han admitido una disposición análoga, por la cual ha tratado de presentarse como cosa por todo extremo diferente la servidumbre y la forma del uso en que la servidumbre consiste.

En esto radica, á mi juicio, precisamente el error, puesto que la forma en la servidumbre, como en todo derecho real correspondiente á la propiedad menos plena, es un elemento esencial, en cuanto que por los límites que sirvan para su determinación traza su virtualidad como derecho limitativo ó restrictivo del dominio, y de consiguiente la separación entre las facultades del dueño y las de todo derecho que sirva para su modificación.

Difícilmente se conseguiría tener idea de una servidumbre real sin tenerla á su vez de la forma indispensable para su uso respectivo, como difícilmente cabrá tener idea de una propiedad limitativa del dominio, referente al derecho de disfrute, ó sea propiedad menos plena, que implica necesariamente la posesión de la cosa frente ó conjuntamente con la posesión del dueño, sin tener á su vez idea

de la forma por la cual resulte jurídicamente deslindada, sobre el predio, la acción respectiva de una y otro.

Si el Código no hubiera confundido las servidumbres con las servidumbres reales; si hubiera comprendido la necesidad de dar, ante todo, el concepto de la servidumbre en general, mostrando al propio tiempo, por él, la relación entre esta institución jurídica y las demás concernientes al derecho de propiedad; si aun en los límites de los derechos reales hubiera procurado señalar todas las notas esenciales para su existencia, ó siquiera la indispensable para caracterizar la utilidad jurídica en que cada uno consiste, de seguro habría comprendido cuán imposible era prescindir de la forma al tratar de la servidumbre, y cuán inherente es á la integridad de ésta la fórmula originaria bajo la cual se constituya, ya sea por determinación especial del título, ya por determinación especial del uso por cuya posesión la servidumbre se haya adquirido.

Estas notas ó caracteres esenciales respecto á las servidumbres reales aparecen claramente en el art. 1.403 del Proyecto, y á ellas lógicamente había de responder la doctrina referente á la extinción de las servidumbres; no pudiendo, por lo mismo, comprender un artículo como el 547 del Código, que, por muchos precedentes que tenga en legislaciones extranjeras, tiene el gravísimo defecto de ser contrario á la naturaleza jurídica de la servidumbre misma.

Separar la forma del fondo de la servidumbre; considerar á aquélla como un accidente del derecho y no como un requisito ó elemento integrante del mismo, es desconocer la función de la servidumbre y el lugar que le corresponde en las formas del derecho de propiedad.

No parece sino que, por la referida confusión, se llega al extremo de convertir al predio sirviente en predio dominante; porque si el art. 547 significa algo, ha de ser necesariamente sustentando la doctrina de que el predio

de las aguas, que forzosamente ha de influir en el régimen de su respectiva propiedad, siquiera por lo que, como expresa el epígrafe correspondiente del Proyecto, se limita á la simple derivación ó curso natural ó espontáneo de las mismas.

He aquí los límites en que, á mi entender, independientemente de la propiedad especial de las aguas, corresponde tratar entre las servidumbres legales de los demás objetos de propiedad, la que constituye el contenido del art. 552 del Código; límites que, en tal sentido, reclaman como complemento del régimen de dicha servidumbre legal las disposiciones que en la ley especial de Aguas terrestres forman el mencionado cap. VIII con el nombre de servidumbres naturales, así como exigen además que se eliminen de esta sección segunda del Código los restantes artículos, ó sea del 553 al 563 inclusive, para comprenderlos oportunamente en la parte destinada á tratar de la propiedad de las aguas.

SECCIÓN TERCERA

De la servidumbre de paso.

Artículos de 564 al 570.—Pocas son tambien las variantes que he creído deber introducir en el Proyecto en lo relativo á las disposiciones que regulan, en esta sección tercera, la servidumbre referida.

Sólo respecto á los artículos 564, 567 y 568 del Código he estimado que debía presentar en el Proyecto alguna distinción que, aun cuando envuelva en cierto modo una cuestión de principios, creo, no obstante, que en el fondo ha de servir principalmente para fijar con más claridad la materia á que hacen referencia.

Así sucede, por ejemplo, respecto al segundo párrafo del art. 564 del Código, donde al parecer se admite un concepto que, pugnando como pugna abiertamente con

la naturaleza jurídica de la servidumbre de paso, podría ser motivo de cuestiones y dificultades para su aplicación.

Caracterizada, cual resulta, dicha servidumbre como discontinua, según el art. 532 del Código, ofrecería ciertamente un verdadero contrasentido admitir, como admite el párrafo 2.° de dicho art. 564, que quepa constituirla de manera que su uso pueda ser continuo.

Dicho carácter discontinuo se opone abiertamente á la continuidad posible de su uso. Aquél carácter, á la vez que requiere acto humano, exige periodicidad ó intermitencia para el uso; y claro es que al admitir el Código, en el mencionado párrafo 2.°, la posibilidad de que la servidumbre de paso se constituya mediante uso continuo, ó hay que suponer que según el Código la servidumbre de paso no es por naturaleza discontinua, ó hay que considerar que no empleó, en dicho párrafo 2.° del art. 564, una locución apropiada al pensamiento ó propósito que motivó su redacción.

No puedo admitir el primer supuesto, porque, quiera ó no el Código, toda servidumbre de paso, ya se establezca con vía permanente, ya sin ella, resultará necesariamente subordinada á las condiciones de periodicidad ó de intervalos más ó menos largos que, según el art. 532, caracterizan el uso peculiar de las servidumbres discontinuas.

He de entender, de consiguiente, que lo que verdaderamente se propuso el legislador para fijar la indemnización en los términos á que se refiere el párrafo 2.° del art. 564, fué sólo que el establecimiento de la servidumbre se verificase por medio de vía permanente, en cuya forma sería extensiva á todas las necesidades del predio dominante, sin que para ello fuera, por tanto, indispensable hacer materia de semejante precepto la locución relativa á la continuidad del uso, porque ésta, como indicaba, además de

ser una exigencia innecesaria, equivaldría á una marcada contradicción del carácter discontinuo que según su naturaleza jurídica corresponde á la servidumbre de paso.

De todos modos, la indemnización, según los términos del Código, exigía asimismo, á mi juicio, la modificación del mencionado párrafo.

Imponer á título de indemnización lo que en realidad constituye la expropiación del terreno ocupado por la vía mediante la cual se establezca la servidumbre, podrá convenir al valor jurídico respectivo de cualquiera forma de enajenación, pero no ciertamente á la constitución de una servidumbre que ha de mantener, en la integridad del dominio del predio sirviente, la unidad de todo el terreno que en éste se comprende.

Será siempre, en mi sentir, una notoria injusticia exigir por la mera constitución de servidumbre lo mismo que debiera satisfacerse en caso de expropiación. Y es tanto más significativa esta observación, como que en realidad vendría á desnaturalizar á la servidumbre misma; pues ni parece natural ni lógico, ni mucho menos justo, que después de pagarse el valor del terreno que se ocupe y de indemnizar además el perjuicio que se cause, todavía pudiera el predio sirviente hacer uso de la vía establecida, en atención á su propio dominio, sobre el predio de que forme parte el terreno en que se haga la instalación de dicha vía.

Es menester no confundir la servidumbre con la expropiación, aun cuando ambas deban su origen á una causa legal.

Si por la constitución de la servidumbre no hay que alterar la integridad del dominio, sino sólo modificar, en determinados límites, el derecho de disfrute correspondiente á semejante forma de propiedad; si, en una palabra, el dueño del predio sirviente ha de continuar siendo propietario del terreno, sufriendo tan sólo el disfrute li-

mitado, la indemnización, para este efecto, lejos de consistir en el valor del terreno que se ocupe, ha de reducirse también en límites análogos á las restricciones que lleve consigo semejante servidumbre.

No comprendo, á decir verdad, el criterio en que se inspiró el Código al fijar los términos de la indemnización en el particular de que me estoy ocupando; pues, aparte de lo que acabo de exponer, basta considerar lo que dispone el art. 568, para el caso en que deje de ser necesario el paso concedido y tenga lugar con tal motivo la extinción de la servidumbre, para comprender que más bien estimula el Código el interés en mantener las servidumbres que en procurar, y siempre en forma equitativa, la libertad de los predios.

¿Cómo ha de pedir el dueño del predio sirviente que se extinga la servidumbre de paso, cuando éste deja de ser necesario, si se le obliga á devolver lo que éste hubiera recibido por indemnización?

Ante todo, se hace caso omiso de los gastos que necesariamente ha de ocasionar al predio sirviente restablecer las cosas al estado que tenían antes de constituirse la servidumbre. En segundo lugar, se desvirtúa en absoluto la reparación del perjuicio que se le causó por esta constitución. Y por último, respecto al valor del terreno ocupado, se le equipara á un mero usufructuario de su importe, cual si la servidumbre no debiera tener más trascendencia, respecto al predio sirviente, que compensar las restricciones que produce en el dominio y todos los daños y perjuicios ocasionados al predio, con la mera percepción de los intereses del capital en que hubiera consistido la indemnización.

No desconozco que podrá objetarse en el sentido de que al fin la extinción de la servidumbre es potestativa en el dueño del predio sirviente; pero esto, lejos de ser un argumento contrario, es más bien una confirmación de que

el Código parece inclinado á fomentar las restricciones de la propiedad, en lugar de favorecer su libertad.

En los artículos 1.431, párrafo 2.°, así como en el 1.434 del Proyecto que acompaño, se observa por sus términos la rectificación, á mi juicio equitativa, para evitar que se tomen por sinónimas la servidumbre y la expropiación, para alentar asimismo la libertad de las fincas ponderando el interés del predio sirviente en favor de la restitución, á fin de extinguir la servidumbre, y para que en ningún caso resulte la injusticia de que por esta extinción dicho predio quede enteramente privado de la reparación del perjuicio que por la servidumbre experimentó.

Por lo que hace referencia al art. 567 del Código, brevísimas indicaciones bastarán á presentar el motivo de la reforma.

Redúcese ésta á que, además de la permuta y de la partición, sea sólo en las ventas voluntarias cuando deba concederse el paso sin indemnización.

La salvedad con que termina dicho artículo revela que éste debió ser el pensamiento que informó su redacción.

Admitiendo la posibilidad de establecer pacto en contrario, necesariamente se concreta el valor de aquel precepto á las ventas en que es posible esta estipulación, debiendo, por consiguiente, quedar excluídas de lo dispuesto en dicho artículo las ventas necesarias ó forzosas, que en todo caso no deben tener otro alcance que el de las condiciones taxativas mediante las cuales se verifiquen.

El Código, al parecer, admite que la obligación de dar paso sin indemnización tenga lugar en toda clase de ventas, ya sean éstas forzosas ó simplemente voluntarias; pero entiendo que así por los distintos trámites que sirven para la formalización de unas y otras, como por el distinto alcance con que debe estimarse la función de la libertad en cada una, no permite comprender entre las

ventas á que se refiere dicho artículo, aquellas en que la falta de libertad para realizarlas es un verdadero obstáculo á la referida salvedad con que termina el mencionado artículo.

SECCIÓN CUARTA

De la servidumbre de medianería.

Artículos del 571 al 579.—A tres extremos, puede decirse, que alcanzan las disposiciones que comprende la presente sección.

Consisten aquéllos en determinar, ante todo, las circunstancias que caracterizan la medianería, al punto de establecer al efecto algunas presunciones por los signos exteriores ó aparentes que presentan las paredes divisorias, las cercas, setos y vallados, y aun las zanjas y acequias que separan las heredades (artículos 562, 563 y 564); en regular á su vez el derecho de propiedad que resulta de la servidumbre de medianería (artículos 571, 575, 576, 577 y 579), y en establecer el derecho á constituir la servidumbre legal de que se trata en los límites á que hace referencia el art. 578.

Fácilmente se descubre, por esta sola distribución de la materia contenida en la sección cuarta mencionada, que la más mínima expresión corresponde á su objeto capital, esto es, al derecho de establecer servidumbres de medianería por efecto de la ley y no meramente por acción de la voluntad.

Hago estas indicaciones, porque la sola enumeración que acabo de referir revela que, aparte de las presunciones anteriormente indicadas, que sólo sirven, como expresan dichos artículos 572, 573 y 574 del Código, para estimar como pared contigua y propia ó como pared medianera, y en cierto modo común, el muro, cerca ó zanja divisoria de que se trate, es lo cierto que las disposiciones reguladoras de la servidumbre de medianería, lo mismo

pueden aplicarse á las servidumbres de medianería voluntaria que á las servidumbres de medianería legal.

Es más; si se consideran atentamente los límites en los cuales, según antes decía, autoriza el art. 578 la adquisición del derecho de medianería como imposición derivada de la ley en las circunstancias especiales á que hace referencia dicho artículo, se ve que en realidad el origen necesario ó forzoso de semejante servidumbre no tiene verdadera expresión en el Código; no responde, en una palabra, á una necesidad de la propiedad, aunque ésta sea privada, para evitar, por ejemplo, la demolición de un edificio por no haberlo construído apoyándolo en pared propia; pues desde luego se nota que los límites de dicho artículo 578, más que á la constitución de la servidumbre de medianería, se refieren propiamente á la extensión de semejante servidumbre cuando se da el caso mencionado en el art. 577 de alzar ó profundizar ó dar mayor espesor á la pared medianera alguno de sus dueños independientemente de los demás.

Diminuto por extremo sería el régimen de la servidumbre legal de medianería, si á esto únicamente hubiera de quedar reducido. Casi podría decirse que era preferible haberla tratado, á semejanza de la servidumbre de pastos, en las servidumbres voluntarias, toda vez que al fin la extensión de la servidumbre de medianería, aunque pudiera conseguirse por efecto exclusivo de la ley, vendría á revestir en tal caso los caracteres de un simple efecto de la servidumbre voluntaria en los casos especiales á que hace referencia el art. 577, en lugar del establecimiento ú origen de una nueva servidumbre, por el cual, modificando la propiedad de una pared divisoria y del terreno en que fuese levantada, quedara transformada por la ley en pared medianera la que en su origen fuera tan sólo de carácter propio y contiguo.

Conocidos son en este punto los distintos sistemas por

los que se han pronunciado las legislaciones positivas acerca de esta materia.

Frente al criterio restrictivo de nuestro Código, según el cual la servidumbre de medianería que no descanse en la presunción de esta cualidad, respecto de la pared de que se trate, no puede conseguirse por ministerio de la ley, existe el criterio de varias legislaciones extranjeras (Código chileno, art. 854; italiano, 556; francés, 661; portugués, 2.328, y otros varios), según el cual cabe convertir en medianero todo muro divisorio, ya sirva de separación á edificios, ya simplemente á jardines, patios ó meros predios rurales.

Compréndese la distancia que media entre tan opuestos sistemas. Para dichos Códigos extranjeros, aun á ciencia cierta de que el muro ó zanja sea de la exclusiva propiedad del dueño del predio en que esté situado, puede el dueño del predio vecino realizar, sin más que su conveniencia, una especie de expropiación para convertir en medianera, y por tanto de carácter en cierto modo común, la que en su origen fuera pared de exclusivo dominio del vecino.

Nuestro Código, por el contrario, no consiente esto en modo alguno. Respeta y hace bien, á mi juicio, la completa integridad del dominio mientras sólo tenga enfrente la conveniencia del vecino, que puede, en todo caso, cerrar su propiedad, levantar muro contiguo ó apoyar sus construcciones en pared ó muro de su exclusiva pertenencia.

Pero entre uno y otro extremo, que por lo visto atienden ambos, no á las necesidades, sino á las conveniencias del dominio, entiendo que hay circunstancias en las cuales es de necesidad prestar atención á los hechos realizados, si no ha de darse ocasión á que el rigorismo de los principios sirva de base para la destrucción de la riqueza cuando, por ignorancia ó negligencia, se ha dado lugar

á la construcción de un edificio apoyándolo ó cerrándolo indebidamente con la pared del vecino.

Por esto indicaba, al ocuparme del art. 549 del Código, que no me parecía correcto ni justo ligar la suerte de la servidumbre legal al interés de los particulares.

Enhorabuena que una medida de utilidad pública redunde ó llegue á traducirse en definitiva en un interés verdaderamente privado. Esto ocurre, más ó menos directamente, en la mayor parte de las relaciones jurídicas que se fundan en la pública utilidad, donde, por el mecanismo del derecho al condicionar las relaciones de la vida, se consigue que el bien realizado por causa de utilidad pública se difunda y alcance mayores proporciones, gracias á la identificación que con el mismo van adquiriendo poco á poco los intereses particulares que con él se relacionan.

Lo esencial consiste en que haya verdadera utilidad general, y en que ésta quede satisfecha; en que haya un principio conservador de los intereses generales frente á un elemento jurídico que pudiera conducir á su destrucción ó á su pérdida. Bien sabido es, á este propósito, el aforismo *ne urbs ruinis deformetur*, con el cual los romanos cimentaron preceptos en distintas instituciones, como en la accesión, servidumbres, etc., para que independientemente de los intereses sustentados por el rigorismo de los principios del puro derecho civil de aquel pueblo cupiera evitar la destrucción ó desaparición de la riqueza urbana.

He aquí el objetivo á que responde el art. 1.446 del Proyecto cuando, según indicaba, no se trata ni de autorizar al vecino para convertir en medianera una pared contigua, ni de impedir en absoluto que esto pueda tener lugar cuando sólo se intenta salvar una construcción terminada; en una palabra, un verdadero edificio, que ó por ig-

norancia ó por malicia se haya llegado á levantar apoyándolo ó cerrándolo en el predio del vecino.

Ante las dos circunstancias de no haber reclamado el dueño de la pared contra la construcción que se apoyara en ella, y de motivar de esta suerte la grave dificultad de tener que derribar un edificio cuando se halle terminado, surgiendo de aquí perjuicios irreparables que en la generalidad de los casos serían resultado del descuido ó negligencia de los dos dueños de los predios colindantes, preséntase una necesidad verdaderamente social de salvar, ante todo, la riqueza ya creada, y de que, al efecto, intervenga la ley mediante una solución equitativa que repare, en lo posible, el perjuicio originado en la propia negligencia.

Así aparece claramente la justicia de la intervención de la ley para imponer, en presencia del referido conflicto de los intereses privados, lo que, aun cuando conduzca á armonizarlos, responda ante todo á la necesidad social de no destruir lo creado.

Por esto he concretado la doctrina á que se refiere el artículo 1.446 al caso en que se trate de salvar un edificio y en las circunstancias que se acaban de indicar, aunque siempre con las dos salvedades á que se refieren los párrafos 2.° y 3.° del mismo artículo, tanto para que quede constantemente expedita la acción del dueño de pared contigua para impedir que durante la construcción se la utilice como muro de apoyo ó cerramiento, como para impedir también que la servidumbre legal resulte en menoscabo de cualquiera otra servidumbre, para cuyo uso activo ó pasivo sea necesaria la pared de que se trate.

SECCIÓN QUINTA

De las servidumbres de luces y de vistas.

Artículos del 580 al 585.—De no haber sido lo dispuesto en el último de estos artículos, ninguna observación me habría visto en la necesidad de formular; pues no había de calificar de tal la de reunir en un solo artículo, el 1.450 de mi Proyecto, la doctrina de los que en el Código figuran con los números 582 y 583.

Pero aun cuando me vea precisado á hacer muy breves consideraciones acerca del art. 585, no creo, sin embargo, que constituyen una verdadera rectificación del propósito que tuvo el legislador al redactarlo.

Las modificaciones que á dicho precepto del Código introduce el art. 1.452 del Proyecto son, á mi juicio, solamente la aclaración necesaria del pensamiento á que responde el mencionado art. 585 del Código.

No puedo creer que el legislador español, tan celoso, según hemos visto tratándose de las servidumbres de medianería, de mantener la completa integridad del dominio en el muro que no sea medianero, hubiera abdicado de semejante sistema al tratar de las servidumbres de luces y de vistas, para dar lugar á que éstas quedaran reducidas, cuando no completamente inutilizadas, con sólo edificar en el predio sirviente á la distancia de tres metros de la línea divisoria ó colindante con el predio dominante.

Por más que esta disposición no pudiera contribuir á que desapareciera en absoluto la servidumbre de luces, podría ser, sin embargo, motivo para alterarla y reducirla gravemente en perjuicio del predio dominante, y sería, además, causa suficiente para inutilizar ó hacer desaparecer la servidumbre de vistas. ¿En qué situación quedaría un predio que disfrutara del beneficio de vistas

directas á larga distancia, por ejemplo, sobre la superficie del mar, si el predio inmediato pudiera ser edificado sin límite alguno en cuanto á la altura, y sólo guardando la distancia de tres metros? Y téngase además presente que la citada disposición del art. 585 se refiere precisamente á la servidumbre de vistas, limitando su disposición prohibitiva á la distancia que debe guardarse para la edificación en el predio sirviente; por lo cual, como indicaba hace poco, sólo puedo considerar que el objeto del legislador ha sido establecer esta disposición prohibitiva, con la condición, ante todo, de que en nada se altere ó menoscabe la servidumbre establecida, y con el objeto, únicamente, de que se guarde la distancia á que se hace referencia, aun cuando de otra suerte no se altere la servidumbre constituída.

Sólo así quedan perfectamente respetados todos los derechos y aclarado el precepto referido, para que no pueda convertirse la precaución que en el mismo se adopta, aun para los casos en que no se perjudique á la servidumbre, en medio de atentar á las condiciones bajo las cuales ésta se constituyó.

SECCIÓN SEXTA

Del desagüe de los edificios.

Artículos del 586 al 588.—De los tres artículos que comprende esta sección del Código, sólo el último corresponde, en realidad, á la materia de las servidumbres legales. Refiérese el primero al régimen de la propiedad en general, así como el segundo al peculiar de las servidumbres voluntarias.

He traducido, sin embargo, en el Proyecto dichos artículos casi en los propios términos en que resultan redactados en el Código.

Como ya he indicado al ocuparme de otras varias servidumbres, también en ésta, para no hacer variación en

lo establecido en el Código, he creído conveniente admitir las disposiciones que comprende, aun cuando en rigor no correspondan propiamente á la materia de las servidumbres legales. Y por lo que se refiere al valor jurídico, que como tal tiene el art. 588 del Código, he procurado tan sólo aclarar algunos de sus términos, poniéndolos en armonía con lo prevenido en el título preliminar, donde se trata en general de los objetos de derecho, á fin de que la doctrina que consigna no adquiera carácter restrictivo por lo que, más bien por vía de ejemplo que por límite de la materia de que se ocupa, establece dicho precepto.

SECCIÓN SÉPTIMA

De las distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones.

Artículos del 589 al 593. — Nada he de decir acerca de estos artículos, como no sea una indicación análoga á lo que acabo de expresar respecto á la servidumbre de que trata la sección anterior. Transcritos con tal motivo en el Proyecto los artículos del Código, desde luego se observará, en su comparación, que las pequeñas variantes que contienen se refieren únicamente á circunstancias de detalle para aclarar lo establecido en el Código Civil y precisar el valor jurídico de las referencias que hace á los usos y costumbres del lugar, poniéndolo en armonía con lo prevenido en el libro 1.° del Proyecto respecto á la fuente legal caracterizada por la costumbre.

CAPÍTULO III

De las servidumbres voluntarias.

Una indicación solamente respecto á la distribución del contenido de este capítulo he de hacer antes de ocuparme de los artículos que comprende.

Ocurre en las servidumbres voluntarias algo análogo á lo que hemos visto al tratar de las servidumbres legales. Tienen éstas, y del mismo modo las voluntarias, una doctrina que puede constituir la base para su establecimiento, que es la norma general en que se informan, y que, como materia común á las distintas servidumbres especiales que comprende cada una de estas clases, exige, para facilitar su inteligencia en cuanto á la aplicación de las disposiciones que la regulan, presentar con la debida separación la parte general y lo que podemos llamar parte especial.

Asi aparece en el capítulo anterior, destinado á tratar de las servidumbres legales, cuya primera sección está dedicada á formular las disposiciones generales de dicha materia jurídica.

El Código no ha hecho lo mismo en el presente capítulo, en que se ocupa de las servidumbres voluntarias agrupando, como en serie, así los artículos de doctrina general, como los referentes á la comunidad y servidumbre de pastos y al aprovechamiento de leñas y otros productos forestales, que vienen á constituir formas especiales de servidumbres dentro de la materia propia de las voluntarias.

A fin de establecer dicha separación, y sin perjuicio de las modificaciones que también acerca de su concepto y de su régimen veremos al tratar de los artículos respectivos, consigna igualmente el Proyecto, á diferencia del Código, si bien de un modo análogo al que éste ha seguido para las servidumbres legales, la distinción de secciones entre la doctrina general de las servidumbres voluntarias y la especialidad de algunas que también sólo en forma voluntaria pueden ser establecidas.

Artículo 594.—Muy poco es lo que debo indicar acerca de este precepto, que en principio queda admitido en mi Proyecto, por la corrección de su doctrina, aun cuando

constituído por contrato, y aun partiendo de la hipótesis de que las obligaciones del dueño del predio sirviente revistan carácter real para afectar tan sólo al predio y no á la persona que las contrae, no podría surtir igual efecto cuando la constitución de la servidumbre hubiere tenido lugar, aunque por acción de la voluntad, en forma distinta de la contratación.

La obligación á que se refiere el art. 599 del Código ha de depender siempre, respecto del predio sirviente, de las condiciones que caracterizan la servidumbre impuesta sobre el mismo, y de consiguiente de las que se originan por su título constitutivo, cualquiera que sea la relación jurídica que la haya determinado. A buen seguro que este habrá sido el criterio del Código, y por esto indicaba que la variante que se observa con el art. 1.466 del Proyecto es tan sólo de mera redacción, aunque importante por el diferente alcance que puede tener según sean unos ú otros los términos en que resulte redactado.

Pero el referido artículo del Proyecto tiene además una disposición complementaria que se echa de menos en lo establecido en el Código.

Según éste, el acuerdo de los dueños, y más bien, por mejor decir, la voluntad exclusiva del dueño del predio sirviente, es bastante para hacer desaparecer la servidumbre sobre la base de la entrega ó abandono del dominio á favor del dueño del predio dominante.

Nada más natural que esta consolidación forzosa de los dos dominios para el efecto de resolver las relaciones que con ocasión de la servidumbre implicaran, además de la sujeción del predio sirviente (la servidumbre misma), la necesidad de que á costa de dicho predio se practicase cuanto interese al uso y conservación de la servidumbre.

Pero este criterio de consolidación forzosa que no puede ofrecer dificultades cuando el dominio del predio sirviente no esté dividido ni restringido, es decir, siem-

pre que no haya interés de un tercero que pueda resultar comprometido por una resolución exclusiva del dueño de dicho predio, podría en cambio ser de grave trascendencia cuando sobre el predio sirviente se hallen constituídos derechos reales distintos ó diferentes del dominio.

Ya al ocuparme del art. 544 del Código tuve necesidad de señalar, con ocasión de la renuncia ó abandono á que hace referencia, un conflicto análogo al que puede ocurrir con motivo del artículo de que me estoy ocupando; sólo que entonces el problema jurídico se planteaba sobre la base de los derechos de propiedad establecidos en el predio dominante, y ahora aparece sobre la base de los derechos de propiedad existentes en el predio sirviente.

Aunque semejante diferencia reclame una solución distinta, según puede verse al comparar los términos de uno y otro artículo del Proyecto, no por esto es menos indispensable la adición que propongo respecto del actual precepto del Código, puesto que la aplicación de su doctrina, sin restricción alguna, podría llegar al extremo de perjudicar gravemente al propio dueño del predio dominante, en cuyo favor habrían de redundar las consecuencias del abandono.

Considérese lo que pudiera ocurrir si sobre el predio sirviente estuviera constituída una hipoteca, desde el momento en que por el referido abandono del dueño pasara á ser propiedad del dueño del predio dominante.

Esta consolidación en el dominio llevaría consigo la extinción de la servidumbre conforme al núm. 1.° del artículo 546; pero la subsistencia de la hipoteca que resultaría en cierto modo con ventaja, por desaparecer del predio hipotecado la servidumbre que antes existía, amenazaría gravemente la situación del dueño del predio dominante. Este podría verse obligado á enajenar el predio, adquirido por el abandono, á instancia del acreedor hipotecario, y claro es que si el predio no cubría las res-

ponsabilidades derivadas de la hipoteca, resultaría que el predio dominante, no solamente perdería el derecho de conservar la servidumbre á costa del predio sirviente, sino que además quedaría desposeído de la servidumbre misma.

He aquí las consecuencias que por falta de previsión podría llevar consigo la extinción forzosa de la servidumbre, derivada de la doctrina del Código; y he aquí la necesidad de completarla con la condición á que hace referencia la adición que contiene el art. 1.466 del Proyecto, para que los derechos de propiedad establecidos sobre el predio dominante no resulten perjudicados por cualquier derecho que constituya carga ó gravamen del sirviente.

Artículos 600 al 603.—Aquel artículo y los que le siguen se ocupan, según resulta de sus terminos, de las que podrían llamarse servidumbres especiales en la clase de las voluntarias, y que tienen, por lo mismo, siquiera como régimen supletorio, el de las disposiciones que acerca de las mismas se comprenden en el Código.

Compréndense entre estas servidumbres especiales la llamada de pastos, la designada también con el nombre de comunidad de pastos y las de aprovechamientos de leñas y otros productos forestales.

Ya hice presente al comenzar á ocuparme de este capítulo que, de un modo análogo á lo hecho por el Código respecto á las servidumbres legales, presentaba también mi Proyecto, separadamente de la parte general de las servidumbres, la especial relativa á las de esta clase que se acaban de referir.

Hecha esta salvedad y pasando á considerar el art. 600, se ve que éste se ocupa, ante todo, de la comunidad de pastos; expresión cuyo alcance jurídico resulta propiamente indeterminado, porque, á pesar de lo dispuesto en el art. 603, no puede afirmarse con entera seguridad que el Código distinga entre la comunidad de pastos y la ser-

vidumbre de pastos; en una palabra, que no hable de aquélla como expresión de toda servidumbre de esta naturaleza, siquiera en el concepto del común aprovechamiento que lleva consigo entre la persona ó dueño del predio dominante en cuyo favor esté constituída la servidumbre y el dueño del predio sirviente, siempre que, á su vez, no se vea privado, por condición expresa, de la facultad de utilizar también por sus ganados los pastos que el mismo predio produzca.

Si la comunidad de pastos es servidumbre de carácter personal ó de carácter real; si cabe sólo entre los propietarios de los predios á que haga referencia; si puede ser utilizada mediante ganados que no sean de la propiedad de aquel en cuyo favor se encuentre establecida, ni pertenecientes al predio que pudiera utilizarla, cosas son acerca de las cuales el Código guarda un absoluto silencio, dejándolas, por modo análogo al que hice notar respecto al usufructo, entregadas completamente á la acción de la voluntad de los propietarios que concedan la servidumbre, á fin de que su régimen quede cimentado por entero en el título de su institución.

Las únicas limitaciones que como puntos esenciales de esta clase de servidumbres se establecen por el Código, consisten en que no resulte concedida en favor de una universalidad de individuos ni sobre una universalidad de bienes, sino á favor de determinados individuos y sobre predios también ciertos y determinados.

He aquí otra gallarda muestra de la riqueza de lenguaje jurídico que el Código gusta de dar á conocer de cuando en cuando; porque es realmente curioso saber lo que quiere decir el Código al hablar de una universalidad de individuos, á qué preceptos del mismo hay que acudir para conocer el valor jurídico de semejante locución, y si ha entendido que han de ser ó no excluídas las personas jurídicas de la autorización que consigna para que pueda

concederse la comunidad de pastos en favor de determinados individuos.

Aun suponiendo que de algún modo cupiera, no determinar, pero sí formar idea del propósito del Código al hablar de la universalidad de individuos, así como acerca del contenido que pudiera tener semejante entidad jurídica, siempre habrá que convenir en que es una locución enteramente vaga, completamente nueva y sin posibilidad legal de precisarla; lo cual, lejos de servir para ofrecer concepto claro ó preciso del criterio y sistema que consigna el referido artículo, sólo puede conducir á servir de base para cuestiones ó pleitos.

Por esto, sin necesidad de detenerme en la tarea de fijar su inteligencia ó de buscar precedentes que pudieran explicarla, me basta considerar, según repetidas veces he tenido necesidad de expresar en la Parte general de esta exposición de motivos, que el Código, con mejor deseo que fortuna, camina de confusión en confusión en todo lo que á la personalidad se refiere, mostrando, según sucede en este precepto legal, así el concepto indeterminado de la universalidad de individuos como elemento subjetivo al que hace referencia la prohibición consignada en el mismo artículo, como el concepto también dudoso relativo á si al hablar de individuos ciertos ó determinados se refiere á las personas que denomina naturales, ó incluye también en ellos á las que designa con el nombre de jurídicas.

Prescindiendo, pues, en este punto de estos distintos extremos, que más bien corresponden al asunto de la personalidad, entiendo, según revela el art. 1.467 del Proyecto, que lo que el Código ha querido decir es que la comunidad de pastos no puede imponerse sobre una universalidad de bienes, sino sobre predios ciertos y determinados, ni establecerse tampoco en favor de una universalidad de bienes ni en favor de persona alguna que no se determine nominalmente.

Esta designación nominal de la persona á quien se refiera la servidumbre de que se trata, parecería envolver, sin excluir de ella á las personas jurídicas siempre que fuesen nominalmente designadas, un carácter esencialmente personal para la servidumbre referida, que no es tampoco seguro que haya sido realmente el criterio del legislador al establecer por el art. 600 los indicados límites dentro de los cuales puede la voluntad instituir la servidumbre; porque desde luego se ve que, admitiéndola á favor de las personas jurídicas, podría afectar cierto carácter de perpetuidad, á diferencia del temporal, propio de las servidumbres personales, sobre todo mientras no aparezca en el Código una disposición análoga á la que acerca del usufructo contiene el art. 515 del mismo cuerpo legal.

Por esto entiendo que, independientemente de semejantes restricciones, debe también la ley expresar claramente si la servidumbre de pastos puede ser real ó personal, ó participar de uno y otro carácter, así como los efectos que cada una de estas clases pueda legítimamente producir, sobre todo teniendo presente los precedentes de nuestra legislación (ley 6.ª, título XXXI de la Partida 3.ª, y leyes de los títulos XXIV y XXV del libro VII de la Novísima Recopilación), que mostraba principalmente con carácter real á semejante servidumbre.

Aun así considero que no debe confundirse la servidumbre de pastos con la comunidad de pastos.

A este efecto consigna el art. 1.470 del Proyecto que la comunidad se constituya mediante la servidumbre de pastos cuando ésta sea recíproca para los predios en que deba utilizarse. La reciprocidad no es condición necesaria para la servidumbre; es, en cambio, característica de la comunidad.

He aquí lo que no expresa el Código, y así, conforme antes dejo indicado, cabe entender el concepto de la comunidad, lo mismo como expresión de la mera servidum-

bre, en la comunión que para el aprovechamiento se establece entre el dueño del predio sirviente y la persona á cuyo favor se constituye la servidumbre ó el propietario del dominante, ó como manifestación del caso en que la servidumbre de pastos se establezca en favor de dos ó más, ó como característica de aquel en que recíprocamente la constituyan los propietarios de predios distintos.

Como lo primero es consecuencia necesaria de toda servidumbre que no impida al dueño del predio sirviente el aprovechamiento á que la misma se refiere, y lo segundo equivale tan sólo á una servidumbre en favor de personas diferentes, he creído que el concepto de la comunidad, como característico de esta servidumbre especial, debía reservarse solamente para el caso en que ésta se cimentase sobre la base de la reciprocidad entre los dueños de los predios en que el aprovechamiento debiera tener lugar.

De este modo resulta notoriamente deslindada la materia del art. 600, de la del 603 del Código, para que no pueda entenderse que la servidumbre de pastos á que se refiere el art. 603 sea la comunidad de que trata el artículo 600, ni que ésta, de consiguiente, constituya nota esencial ó expresión genuina de toda servidumbre de pastos, ni que sea también redimible la comunidad y aplicable, por tanto, á ella la mencionada disposición que comprende dicho art. 603 del Código. Este comienza por no dar á conocer en qué consiste la comunidad de pastos. Parece que, á semejanza del usufructo, entrega la naturaleza jurídica de esta institución á la designación arbitraria que haga con este nombre el que instituya la servidumbre, siempre y cuando se limite á observar las restricciones, ó, por mejor decir, condiciones que consigna dicho art. 600 del Código.

Pero si esto fuese así como parece, al observarse que en el art. 600 habla el Código de *comunidad de pastos,*

siendo así que en el 603 habla de la *servidumbre de pastos*, ¿no cabrá desde luego preguntar si para constituir la servidumbre de pastos rigen ó no las restricciones ó condiciones que con referencia á la comunidad consigna dicho art. 600 del Código? ¿Podrá, en suma, establecerse una servidumbre de pastos prescindiendo en absoluto de las prohibiciones que según el art. 600 impedirían establecer la comunidad de pastos?

He aquí un problema cuya importancia se revela con su solo enunciado y para cuya solución sería indispensable que el Código hubiera dado á conocer con claridad en qué se diferencian la comunidad y la servidumbre, cuáles son sus relaciones y, aun podría añadir, cuáles sus respectivos efectos, según sea real ó personal el valor jurídico de su institución; puntos todos de los cuales se ocupan, completando en esta importante materia las disposiciones del Código, los artículos 1.468 y 1.470 del Proyecto.

Artículo 604. —En cuanto á este artículo, íntegramente reproducido por el art. 1.474 del Proyecto, he de limitarme únicamente á indicar, á semejanza de lo dicho respecto de la servidumbre de pastos, que no debe confundirse, en la de aprovechamiento de leñas y otros productos forestales, la mera servidumbre de estas utilidades y la mera comunidad para el aprovechamiento recíproco de las mismas entre predios diferentes.

La redención, como lo indica la naturaleza jurídica de esta institución, exige necesariamente, tanto en sus causas como en sus efectos, el término de las relaciones que llevan consigo los derechos que se redimen.

En este sentido la redención, como lo expresa el Código, debe alcanzar únicamente á la servidumbre, por cuya redención se pone término á cuanto con relación á ella constituye vínculo de unión entre una persona y un predio ó entre dos predios distintos, pues fácil es comprender que, respecto á la comunidad, si la redención

constituído por contrato, y aun partiendo de la hipótesis de que las obligaciones del dueño del predio sirviente revistan carácter real para afectar tan sólo al predio y no á la persona que las contrae, no podría surtir igual efecto cuando la constitución de la servidumbre hubiere tenido lugar, aunque por acción de la voluntad, en forma distinta de la contratación.

La obligación á que se refiere el art. 599 del Código ha de depender siempre, respecto del predio sirviente, de las condiciones que caracterizan la servidumbre impuesta sobre el mismo, y de consiguiente de las que se originan por su título constitutivo, cualquiera que sea la relación jurídica que la haya determinado. A buen seguro que este habrá sido el criterio del Código, y por esto indicaba que la variante que se observa con el art. 1.466 del Proyecto es tan sólo de mera redacción, aunque importante por el diferente alcance que puede tener según sean unos ú otros los términos en que resulte redactado.

Pero el referido artículo del Proyecto tiene además una disposición complementaria que se echa de menos en lo establecido en el Código.

Según éste, el acuerdo de los dueños, y más bien, por mejor decir, la voluntad exclusiva del dueño del predio sirviente, es bastante para hacer desaparecer la servidumbre sobre la base de la entrega ó abandono del dominio á favor del dueño del predio dominante.

Nada más natural que esta consolidación forzosa de los dos dominios para el efecto de resolver las relaciones que con ocasión de la servidumbre implicaran, además de la sujeción del predio sirviente (la servidumbre misma), la necesidad de que á costa de dicho predio se practicase cuanto interese al uso y conservación de la servidumbre.

Pero este criterio de consolidación forzosa que no puede ofrecer dificultades cuando el dominio del predio sirviente no esté dividido ni restringido, es decir, siem-

pre que no haya interés de un tercero que pueda resultar comprometido por una resolución exclusiva del dueño de dicho predio, podría en cambio ser de grave trascendencia cuando sobre el predio sirviente se hallen constituídos derechos reales distintos ó diferentes del dominio.

Ya al ocuparme del art. 544 del Código tuve necesidad de señalar, con ocasión de la renuncia ó abandono á que hace referencia, un conflicto análogo al que puede ocurrir con motivo del artículo de que me estoy ocupando; sólo que entonces el problema jurídico se planteaba sobre la base de los derechos de propiedad establecidos en el predio dominante, y ahora aparece sobre la base de los derechos de propiedad existentes en el predio sirviente.

Aunque semejante diferencia reclame una solución distinta, según puede verse al comparar los términos de uno y otro artículo del Proyecto, no por esto es menos indispensable la adición que propongo respecto del actual precepto del Código, puesto que la aplicación de su doctrina, sin restricción alguna, podría llegar al extremo de perjudicar gravemente al propio dueño del predio dominante, en cuyo favor habrían de redundar las consecuencias del abandono.

Considérese lo que pudiera ocurrir si sobre el predio sirviente estuviera constituída una hipoteca, desde el momento en que por el referido abandono del dueño pasara á ser propiedad del dueño del predio dominante.

Esta consolidación en el dominio llevaría consigo la extinción de la servidumbre conforme al núm. 1.° del artículo 546; pero la subsistencia de la hipoteca que resultaría en cierto modo con ventaja, por desaparecer del predio hipotecado la servidumbre que antes existía, amenazaría gravemente la situación del dueño del predio dominante. Este podría verse obligado á enajenar el predio, adquirido por el abandono, á instancia del acreedor hipotecario, y claro es que si el predio no cubría las res-

constituído por contrato, y aun partiendo de la hipótesis de que las obligaciones del dueño del predio sirviente revistan carácter real para afectar tan sólo al predio y no á la persona que las contrae, no podría surtir igual efecto cuando la constitución de la servidumbre hubiere tenido lugar, aunque por acción de la voluntad, en forma distinta de la contratación.

La obligación á que se refiere el art. 599 del Código ha de depender siempre, respecto del predio sirviente, de las condiciones que caracterizan la servidumbre impuesta sobre el mismo, y de consiguiente de las que se originan por su título constitutivo, cualquiera que sea la relación jurídica que la haya determinado. A buen seguro que este habrá sido el criterio del Código, y por esto indicaba que la variante que se observa con el art. 1.466 del Proyecto es tan sólo de mera redacción, aunque importante por el diferente alcance que puede tener según sean unos ú otros los términos en que resulte redactado.

Pero el referido artículo del Proyecto tiene además una disposición complementaria que se echa de menos en lo establecido en el Código.

Según éste, el acuerdo de los dueños, y más bien, por mejor decir, la voluntad exclusiva del dueño del predio sirviente, es bastante para hacer desaparecer la servidumbre sobre la base de la entrega ó abandono del dominio á favor del dueño del predio dominante.

Nada más natural que esta consolidación forzosa de los dos dominios para el efecto de resolver las relaciones que con ocasión de la servidumbre implicaran, además de la sujeción del predio sirviente (la servidumbre misma), la necesidad de que á costa de dicho predio se practicase cuanto interese al uso y conservación de la servidumbre.

Pero este criterio de consolidación forzosa que no puede ofrecer dificultades cuando el dominio del predio sirviente no esté dividido ni restringido, es decir, siem-

pre que no haya interés de un tercero que pueda resultar comprometido por una resolución exclusiva del dueño de dicho predio, podría en cambio ser de grave trascendencia cuando sobre el predio sirviente se hallen constituídos derechos reales distintos ó diferentes del dominio.

Ya al ocuparme del art. 544 del Código tuve necesidad de señalar, con ocasión de la renuncia ó abandono á que hace referencia, un conflicto análogo al que puede ocurrir con motivo del artículo de que me estoy ocupando; sólo que entonces el problema jurídico se planteaba sobre la base de los derechos de propiedad establecidos en el predio dominante, y ahora aparece sobre la base de los derechos de propiedad existentes en el predio sirviente.

Aunque semejante diferencia reclame una solución distinta, según puede verse al comparar los términos de uno y otro artículo del Proyecto, no por esto es menos indispensable la adición que propongo respecto del actual precepto del Código, puesto que la aplicación de su doctrina, sin restricción alguna, podría llegar al extremo de perjudicar gravemente al propio dueño del predio dominante, en cuyo favor habrían de redundar las consecuencias del abandono.

Considérese lo que pudiera ocurrir si sobre el predio sirviente estuviera constituída una hipoteca, desde el momento en que por el referido abandono del dueño pasara á ser propiedad del dueño del predio dominante.

Esta consolidación en el dominio llevaría consigo la extinción de la servidumbre conforme al núm. 1.° del artículo 546; pero la subsistencia de la hipoteca que resultaría en cierto modo con ventaja, por desaparecer del predio hipotecado la servidumbre que antes existía, amenazaría gravemente la situación del dueño del predio dominante. Este podría verse obligado á enajenar el predio, adquirido por el abandono, á instancia del acreedor hipotecario, y claro es que si el predio no cubría las res-

ponsabilidades derivadas de la hipoteca, resultaría que el predio dominante, no solamente perdería el derecho de conservar la servidumbre á costa del predio sirviente, sino que además quedaría desposeído de la servidumbre misma.

He aquí las consecuencias que por falta de previsión podría llevar consigo la extinción forzosa de la servidumbre, derivada de la doctrina del Código; y he aquí la necesidad de completarla con la condición á que hace referencia la adición que contiene el art. 1.466 del Proyecto, para que los derechos de propiedad establecidos sobre el predio dominante no resulten perjudicados por cualquier derecho que constituya carga ó gravamen del sirviente.

Artículos 600 al 603.—Aquel artículo y los que le siguen se ocupan, según resulta de sus términos, de las que podrían llamarse servidumbres especiales en la clase de las voluntarias, y que tienen, por lo mismo, siquiera como régimen supletorio, el de las disposiciones que acerca de las mismas se comprenden en el Código.

Compréndense entre estas servidumbres especiales la llamada de pastos, la designada también con el nombre de comunidad de pastos y las de aprovechamientos de leñas y otros productos forestales.

Ya hice presente al comenzar á ocuparme de este capítulo que, de un modo análogo á lo hecho por el Código respecto á las servidumbres legales, presentaba también mi Proyecto, separadamente de la parte general de las servidumbres, la especial relativa á las de esta clase que se acaban de referir.

Hecha esta salvedad y pasando á considerar el art. 600, se ve que éste se ocupa, ante todo, de la comunidad de pastos; expresión cuyo alcance jurídico resulta propiamente indeterminado, porque, á pesar de lo dispuesto en el art. 603, no puede afirmarse con entera seguridad que el Código distinga entre la comunidad de pastos y la ser-

vidumbre de pastos; en una palabra, que no hable de aquélla como expresión de toda servidumbre de esta naturaleza, siquiera en el concepto del común aprovechamiento que lleva consigo entre la persona ó dueño del predio dominante en cuyo favor esté constituída la servidumbre y el dueño del predio sirviente, siempre que, á su vez, no se vea privado, por condición expresa, de la facultad de utilizar también por sus ganados los pastos que el mismo predio produzca.

Si la comunidad de pastos es servidumbre de carácter personal ó de carácter real; si cabe sólo entre los propietarios de los predios á que haga referencia; si puede ser utilizada mediante ganados que no sean de la propiedad de aquel en cuyo favor se encuentre establecida, ni pertenecientes al predio que pudiera utilizarla, cosas son acerca de las cuales el Código guarda un absoluto silencio, dejándolas, por modo análogo al que hice notar respecto al usufructo, entregadas completamente á la acción de la voluntad de los propietarios que concedan la servidumbre, á fin de que su régimen quede cimentado por entero en el título de su institución.

Las únicas limitaciones que como puntos esenciales de esta clase de servidumbres se establecen por el Código, consisten en que no resulte concedida en favor de una universalidad de individuos ni sobre una universalidad de bienes, sino á favor de determinados individuos y sobre predios también ciertos y determinados.

He aquí otra gallarda muestra de la riqueza de lenguaje jurídico que el Código gusta de dar á conocer de cuando en cuando; porque es realmente curioso saber lo que quiere decir el Código al hablar de una universalidad de individuos, á qué preceptos del mismo hay que acudir para conocer el valor jurídico de semejante locución, y si ha entendido que han de ser ó no excluídas las personas jurídicas de la autorización que consigna para que pueda

concederse la comunidad de pastos en favor de determinados individuos.

Aun suponiendo que de algún modo cupiera, no determinar, pero sí formar idea del propósito del Código al hablar de la universalidad de individuos, así como acerca del contenido que pudiera tener semejante entidad jurídica, siempre habrá que convenir en que es una locución enteramente vaga, completamente nueva y sin posibilidad legal de precisarla; lo cual, lejos de servir para ofrecer concepto claro ó preciso del criterio y sistema que consigna el referido artículo, sólo puede conducir á servir de base para cuestiones ó pleitos.

Por esto, sin necesidad de detenerme en la tarea de fijar su inteligencia ó de buscar precedentes que pudieran explicarla, me basta considerar, según repetidas veces he tenido necesidad de expresar en la Parte general de esta exposición de motivos, que el Código, con mejor deseo que fortuna, camina de confusión en confusión en todo lo que á la personalidad se refiere, mostrando, según sucede en este precepto legal, así el concepto indeterminado de la universalidad de individuos como elemento subjetivo al que hace referencia la prohibición consignada en el mismo artículo, como el concepto también dudoso relativo á si al hablar de individuos ciertos ó determinados se refiere á las personas que denomina naturales, ó incluye también en ellos á las que designa con el nombre de jurídicas.

Prescindiendo, pues, en este punto de estos distintos extremos, que más bien corresponden al asunto de la personalidad, entiendo, según revela el art. 1.467 del Proyecto, que lo que el Código ha querido decir es que la comunidad de pastos no puede imponerse sobre una universalidad de bienes, sino sobre predios ciertos y determinados, ni establecerse tampoco en favor de una universalidad de bienes ni en favor de persona alguna que no se determine nominalmente.

Esta designación nominal de la persona á quien se refiera la servidumbre de que se trata, parecería envolver, sin excluir de ella á las personas jurídicas siempre que fuesen nominalmente designadas, un carácter esencialmente personal para la servidumbre referida, que no es tampoco seguro que haya sido realmente el criterio del legislador al establecer por el art. 600 los indicados límites dentro de los cuales puede la voluntad instituir la servidumbre; porque desde luego se ve que, admitiéndola á favor de las personas jurídicas, podría afectar cierto carácter de perpetuidad, á diferencia del temporal, propio de las servidumbres personales, sobre todo mientras no aparezca en el Código una disposición análoga á la que acerca del usufructo contiene el art. 515 del mismo cuerpo legal.

Por esto entiendo que, independientemente de semejantes restricciones, debe también la ley expresar claramente si la servidumbre de pastos puede ser real ó personal, ó participar de uno y otro carácter, así como los efectos que cada una de estas clases pueda legítimamente producir, sobre todo teniendo presente los precedentes de nuestra legislación (ley 6.ª, título XXXI de la Partida 3.ª, y leyes de los títulos XXIV y XXV del libro VII de la Novísima Recopilación), que mostraba principalmente con carácter real á semejante servidumbre.

Aun así considero que no debe confundirse la servidumbre de pastos con la comunidad de pastos.

A este efecto consigna el art. 1.470 del Proyecto que la comunidad se constituya mediante la servidumbre de pastos cuando ésta sea recíproca para los predios en que deba utilizarse. La reciprocidad no es condición necesaria para la servidumbre; es, en cambio, característica de la comunidad.

He aquí lo que no expresa el Código, y así, conforme antes dejo indicado, cabe entender el concepto de la comunidad, lo mismo como expresión de la mera servidum-

bre, en la comunión que para el aprovechamiento se esta·blece entre el dueño del predio sirviente y la persona á cuyo favor se constituye la servidumbre ó el propietario del dominante, ó como manifestación del caso en que la servidumbre de pastos se establezca en favor de dos ó más, ó como característica de aquel en que recíprocamente la constituyan los propietarios de predios distintos.

Como lo primero es consecuencia necesaria de toda servidumbre que no impida al dueño del predio sirviente el aprovechamiento á que la misma se refiere, y lo segundo equivale tan sólo á una servidumbre en favor de personas diferentes, he creído que el concepto de la comunidad, como característico de esta servidumbre especial, debía reservarse solamente para el caso en que ésta se cimentase sobre la base de la reciprocidad entre los dueños de los predios en que el aprovechamiento debiera tener lugar.

De este modo resulta notoriamente deslindada la materia del art. 600, de la del 603 del Código, para que no pueda entenderse que la servidumbre de pastos á que se refiere el art. 603 sea la comunidad de que trata el artículo 600, ni que ésta, de consiguiente, constituya nota esencial ó expresión genuina de toda servidumbre de pastos, ni que sea también redimible la comunidad y aplicable, por tanto, á ella la mencionada disposición que comprende dicho art. 603 del Código. Este comienza por no dar á conocer en qué consiste la comunidad de pastos. Parece que, á semejanza del usufructo, entrega la naturaleza jurídica de esta institución á la designación arbitraria que haga con este nombre el que instituya la servidumbre, siempre y cuando se limite á observar las restricciones, ó, por mejor decir, condiciones que consigna dicho art. 600 del Código.

Pero si esto fuese así como parece, al observarse que en el art. 600 habla el Código de *comunidad de pastos,*

siendo así que en el 603 habla de la *servidumbre de pastos*, ¿no cabrá desde luego preguntar si para constituir la servidumbre de pastos rigen ó no las restricciones ó condiciones que con referencia á la comunidad consigna dicho art. 600 del Código? ¿Podrá, en suma, establecerse una servidumbre de pastos prescindiendo en absoluto de las prohibiciones que según el art. 600 impedirían establecer la comunidad de pastos?

He aquí un problema cuya importancia se revela con su solo enunciado y para cuya solución sería indispensable que el Código hubiera dado á conocer con claridad en qué se diferencian la comunidad y la servidumbre, cuáles son sus relaciones y, aun podría añadir, cuáles sus respectivos efectos, según sea real ó personal el valor jurídico de su institución; puntos todos de los cuales se ocupan, completando en esta importante materia las disposiciones del Código, los artículos 1.468 y 1.470 del Proyecto.

Artículo 604. —En cuanto á este artículo, íntegramente reproducido por el art. 1.474 del Proyecto, he de limitarme únicamente á indicar, á semejanza de lo dicho respecto de la servidumbre de pastos, que no debe confundirse, en la de aprovechamiento de leñas y otros productos forestales, la mera servidumbre de estas utilidades y la mera comunidad para el aprovechamiento recíproco de las mismas entre predios diferentes.

La redención, como lo indica la naturaleza jurídica de esta institución, exige necesariamente, tanto en sus causas como en sus efectos, el término de las relaciones que llevan consigo los derechos que se rediman.

En este sentido la redención, como lo expresa el Código, debe alcanzar únicamente á la servidumbre, por cuya redención se pone término á cuanto con relación á ella constituye vínculo de unión entre una persona y un predio ó entre dos predios distintos, pues fácil es comprender que, respecto á la comunidad, si la redención

pudiera serle aplicable, así como haría cesar en sus efectos la sujeción del predio sirviente, dejaría vivo en sus causas el derecho del mismo como dominante con relación á los demás predios entre los cuales existiese la reciprocidad característica de la comunidad entre los mismos.

No hay, pues, términos hábiles para aplicar la redención á la comunidad sin el término de la reciprocidad; en cuyo caso ya resulta innecesaria la redención para conseguir la libertad de los predios.

TÍTULO ADICIONAL PRIMERO

De los Censos y de la Prenda é Hipoteca.

Para la exposición del contenido de este título adicional, correspondiente á la materia jurídica que, según el Proyecto, comprende la llamada propiedad imperfecta, ó sea las cargas y gravámenes, y que completa la parte general del derecho de propiedad antes de tratar del Registro de la misma, he distribuído en dos partes el asunto peculiar á dichas instituciones: la primera referente á los censos, y la segunda concerniente á las disposiciones en que el Código Civil se ocupa de los contratos de prenda y de hipoteca, para que de este modo pudieran conservarse en el orden de esta parte especial del libro III del Proyecto los mismos epígrafes de la distribución con que el Código en los respectivos títulos (VII y XV) de su libro cuarto presenta la materia correspondiente á las instituciones referidas.

PARTE PRIMERA

De los censos. (TÍTULO VII DEL LIBRO IV DEL CÓDIGO CIVIL)

CAPÍTULO PRIMERO

Disposiciones generales.

Artículo 1.604.—Respecto á este artículo, cuyos términos revelan claramente que el Código cifra la naturaleza jurídica del censo en la sujeción especial de los bienes

que en todo censo determina el gravamen respectivo, y no en el contrato que pueda servir para obtener aquel resultado, dando de esta suerte carácter propiamente anónimo á la prestación del canon ó rédito anual, en lugar de verdadera obligación de determinada persona; puntos acerca de los cuales he tenido ya necesidad de hacer las indicaciones correspondientes al ocuparme, en la Parte general, de la propiedad imperfecta, reservando para este sitio lo referente á las declaraciones de dicho artículo, que por sí solas justifican la reforma de mi Proyecto, dada la precisión de tratar de la institución del censo en el derecho de propiedad; sólo tendría que llamar la atención acerca de los dos conceptos, dominio pleno y menos pleno, de que se hace depender en gran parte el valor jurídico de semejante precepto, sin embargo de no aparecer en lugar alguno del Código la fijación del que es peculiar á cada uno de dichos dos términos.

Repítese de este modo, por el art. 1.604, lo que me ha sido indispensable advertir ya varias veces tratando de muchos otros artículos. Profusión de tecnicismo, vaguedad del mismo por falta de determinación y, en último extremo, necesidad de suplir el silencio del Código por la ciencia del derecho ínterin la jurisprudencia no llegue á precisar lo que en aquél resulta indefinido.

¿Qué se entenderá por dominio pleno, qué por dominio menos pleno? ¿No designa la base 12.ª de las formuladas para la redacción del Código, como limitaciones del dominio al usufructo, uso y habitación, ordenando que como tales se definan y regulen, y no califica asimismo el libro II del Código á las servidumbres de verdaderas modificaciones del dominio? ¿Será, pues, dominio pleno todo el que no esté restringido por alguna de dichas limitaciones ó por alguna de las modificaciones expresadas? En una palabra, ¿todo el que no sufra restricción alguna por servidumbre real ó por servidumbre personal?

Aunque la solución de semejante problema pudiera parecer innecesaria para los efectos de este art. 1.604 del Código, entraña, sin embargo, verdadera trascendencia cuando se observa que, según el 1.607, la cesión del dominio pleno es base necesaria para la constitución del censo reservativo, y que ni en el 1.605 ni en el 1.606, destinados á definir el censo enfitéutico y el consignativo, se habla para nada del dominio menos pleno. Desde luego se comprende que si la necesidad de caracterizar el dominio pleno y menos pleno no surge inmediatamente del artículo 1.604, desde el momento que admite la constitución del censo, lo mismo tratándose del uno que del otro, se ofrece en cambio al observar el desenvolvimiento de semejante doctrina en los tres artículos siguientes, en los cuales, como indicaba, no se habla del menos pleno y sólo se hace referencia al dominio pleno tratándose del censo reservativo.

Así, pues, si por dominio pleno ha de entenderse el que no esté limitado ni modificado por servidumbre real ó personal, ¿podrá sostenerse con razón que no es posible constituir censo reservativo sobre finca alguna gravada por servidumbre ó por cualquier otro derecho real limitativo ó modificativo del dominio? ¿Cabrá afirmar que el censo enfitéutico puede ser establecido sobre fincas gravadas con usufructo?

Estas solas indicaciones revelan cuán indispensable es fijar el sentido de la locución *dominio pleno* empleada por el Código, aunque sólo sea estatuyendo que el dominio pleno es el opuesto al dominio dividido en directo y útil, en cuyo caso sobra ciertamente la locución del dominio menos pleno, ya que éste no se transmite ni en el censo consignativo ni en el reservativo, y sólo la transmisión ó enajenación del útil, pero no la del directo, es la que puede dar lugar á la constitución del enfitéutico.

Para no suscitar dudas y procurar á los artículos del

Código la indispensable claridad, conviene atender, ante todo, á la precisión de los términos de su respectiva redacción, empleando únicamente aquellos cuya utilidad ponga el mismo Código de manifiesto, haciendo depender de los mismos el valor jurídico de cualquier otro precepto, pero siempre que á su vez resulte notoriamente determinado el que sea peculiar ó privativo de la locución por la que se den á conocer.

Pero desgraciadamente, en este punto, la deficiencia es en el Código la nota más culminante. Casi podría añadir la confusión; como que, después de haber incurrido en ella, tomando por sinónimos la propiedad y el dominio, y no conteniendo disposiciones especiales encaminadas á regular la clasificación del dominio, hablar de éste en conceptos diferentes, cual si estuvieran caracterizados en su lugar oportuno, equivale á imponer á los particulares un trabajo ímprobo y siempre contrario á los principios en que descansa la doctrina de que la ignorancia de la ley no excusa su cumplimiento.

El Proyecto que acompaño, en cambio, al referirse con ocasión del censo á las distintas clases del dominio, lejos de desatender su calificación, se acomoda, por el contrario, á los respectivos conceptos precisados al tratar de su clasificación en la parte segunda de la subsección destinada al régimen de la propiedad plena.

Artículo 1.605.—Cosa análoga á lo que acabo de indicar acerca del artículo anterior he de hacer observar respecto al art. 1.605.

Háblase en él, con ocasión de definir el censo enfitéutico, del dominio directo y del dominio útil, sin que tampoco, ni antes al ocuparse de la propiedad ó dominio, ni después al desenvolver especialmente el censo enfitéutico, exprese el Código en qué consiste cada uno de dichos dos dominios, que serán probablemente aquellos á que hace referencia el artículo anterior al hablar del dominio me-

nos pleno, pues ni aun basta suponer que quepa formar exacta idea de ellos mediante los respectivos derechos que se atribuyen por el Código al censualista ó al censuario ó enfiteuta en las disposiciones que regulan esta clase de censo.

Y hago esta indicación al observar, por dicho art. 1.605, que la reserva del dueño al ceder el dominio útil ha de comprender el dominio directo y el derecho á percibir del enfiteuta una pensión anual en reconocimiento de este mismo dominio, como si este derecho y el dominio directo fuesen dos cosas distintas á las que debiera extenderse la mencionada reserva.

No puedo suponer que este haya sido el criterio de los redactores del Código. Pero sin duda se vieron inclinados á formular la reserva en los términos referidos, por no comprender el Código parte alguna destinada á la clasificación del dominio.

Artículos 1.606 y 1.607. — Nada tendría que exponer acerca del contenido de estos dos artículos, siempre que resulte exacto que el concepto de propiedad equivale, según el Código, al concepto de dominio, así como que el concepto de dominio pleno es el opuesto al de dominio dividido en directo y útil. De otro modo no podría menos de llamar la atención sobre la redacción de dichos artículos, porque entiendo que ni el censo consignativo puede establecerse por quien no sea dueño de la cosa sobre la que se trate de imponer, ni que puedan tampoco ser cedidas en censo reservativo las fincas constituídas ya en censo enfitéutico.

Pero como aquellas mismas hipótesis son sólo una apreciación que el Código no ha procurado definir con claridad, entiendo, según antes indicaba, que esta deficiencia debería, por lo menos, llenarse de algún modo, á fin de que la corrección de dichos artículos, que hoy aparece en cierta manera hipotética, resulte enteramente legal y

evite todo pretexto, por el cual, tratando de fijar el concepto del dominio pleno, pudiera impugnarse de nulidad la constitución de los censos reservativos.

Artículo 1.608. — Sobre la disposición de este artículo mis observaciones se reducen al art. 1.494 del Proyecto. Parecía natural que una disposición como la contenida en su párrafo primero, de tan importante trascendencia, llamada á modificar en cierto modo la naturaleza de los censos constituídos con anterioridad al Código, no se llevara al extremo de impedir que á dichos censos se aplicasen las ventajas que en favor del censualista se autorizan por el párrafo segundo del mencionado artículo.

Después de alterar la constitución originaria de dichos censos anteriores al Código, no había para qué hacerlos de peor condición que los constituídos con posterioridad, á saber: autorizando la redención inmediata de todos los antiguos, y permitiendo en los nuevos un plazo más ó menos largo, durante el cual pudieran ser constituídos en la condición de irredimibles.

No se diga que lo autorizado por el párrafo segundo del art. 1.608 depende del pacto entre el censualista y el censatario, porque si en materias de esta naturaleza la convención está en su lugar al tiempo de la constitución del derecho, equivale en cierto modo á entregar éste á disposición del obligado, cuando el pacto se autoriza después de su constitución. Es más; aun en rigor de principios, no cabe desconocer que los censos irredimibles llevaban en su origen toda la virtualidad de un pacto contrario á su redención, y por consiguiente, desde el momento en que la ley no estima contraria al orden de las instituciones la existencia de un período de verdadera irredención en los censos, estimo que lo menos que cabía hacer para que hubiera lógica en el precepto de que me ocupo y, sobre todo, justicia en la comparación entre los censos existentes y los de nueva creación, era admitir como eficaz el pacto

originario de irredención durante el período para el cual es indispensable pacto expreso en los que nuevamente se establezcan.

De otro modo, fiar á un nuevo pacto lo que los censos irredimibles llevaban implícita ó explícitamente en el que sirvió para su establecimiento, destruyendo éste por completo, hasta el punto de exigir que una nueva convención sea la que determine el tiempo en que dentro del período del Código puedan continuar en la condición de irredimibles, es dar á la reforma introducida en el Código un carácter radical no exigido por conveniencia alguna pública, ni mucho menos por la doctrina de irredención que sustenta el nuevo cuerpo legal, y sobre todo dejar, como antes manifestaba, á discreción del censuario la facultad del censualista, para que éste, desprovisto de la libertad consiguiente al período de la constitución del censo, se vea expuesto á tener que conseguir, por modo oneroso, la concesión que en este punto le hiciera el censuario.

Artículo 1.611.—Si este artículo se contuviera en los dos primeros párrafos, nada tendría que expresar acerca de sus disposiciones; pero la última de éstas, comprendida en su párrafo tercero, implica, á mi juicio, una cuestión relativa al cumplimiento de la ley de Bases en la redacción del Código, capaz de afectar al propósito con el cual dicho párrafo fué redactado.

Explícitamente declara que el principio de la *redención* de los dominios será regulado por una ley especial; y como en esto no se ajusta á lo prevenido en la última parte de la base 26, donde se declara que por una ley especial se desarrollará el principio de la *reunión* de los dominios, debe haber habido verdadero error de concepto en la locución empleada por el Código al no admitir que en los foros, subforos y demás gravámenes análogos, lo mismo pueda redimirse por el forero el dominio del señor, que por éste el dominio del foro, en oposición, por tanto, á la

doctrina de la redención que rige en materia de censos. No es mi ánimo, sin embargo, fijarme ahora en estos particulares, sino sólo hacer presente que declarando, como declara igualmente el párrafo tercero de dicho art. 1.611, que lo inaplicable á los foros, subforos, derechos de superficie y demás gravámenes análogos es lo dispuesto en dicho artículo, parece dar á entender implícitamente que las demás disposiciones relativas á la redención de los censos son aplicables á las mencionadas cargas.

Aunque este criterio no podría menos de resultar en el fondo enteramente contrario á la referida declaración del mismo párrafo, según la cual la ley especial ha de regular el principio de la redención de los foros, subforos y demás gravámenes indicados, puesto que es lógico que cuando queda pendiente de desarrollo legal el principio de una institución, no ha de considerarse á ésta regida en parte por otros preceptos del mismo cuerpo legal, que consigna la referida reserva para una ley especial, fácilmente se observa que si, en realidad, se propuso el Código, como se había propuesto la ley de Bases, remitir á la ley especial todo lo referente á la redención de los foros y gravámenes análogos, ni esta declaración en el Código debía haber sido párrafo de uno sus artículos, el 1.611, ni mucho menos haberse hecho para el efecto de declarar inaplicable á los foros, etc., lo dispuesto en dicho artículo.

Esto estaría en su lugar si precisamente el art. 1.611 del Código comprendiera todas las disposiciones referentes á la redención de los censos; sin que valga suponer que en él se comprenden todas las relativas á la redención de los censos constituídos antes de la promulgación del Código, porque sus propios términos revelan claramente que sus disposiciones se refieren tan sólo á aquellos de estos censos en los cuales no fuera conocido el capital.

La disposición del art. 1.608 en su párrafo primero proclama que es redimible todo censo constituído con anterio-

ridad al Código. Es más, ya hacía presente hace poco que este Cuerpo legal no ofrece ni aun la esperanza de un período de irredención, por virtud del pacto originario del censo, á los constituídos con anterioridad á su promulgación; y fácil es comprender que, aun cuando lo dispuesto en el art. 1.655 cierra la puerta al establecimiento de foros y cualesquiera otros gravámenes de naturaleza análoga, á distinción de los censos, siempre vendría á resultar para los existentes al tiempo de la promulgación del Código, que si en ellos fuese conocido el capital y estuviesen, por tanto, en condición distinta de aquellos á que hace referencia el art. 1.611, podría creerse que les alcanzaba la declaración de redimibles, consignada en el artículo 1.608, no obstante reconocerse que todavía está por regular el principio de la redención de los mencionados gravámenes.

Los foros y demás gravámenes cuya redención ha de ser objeto de una ley especial, existentes á la promulgación del Código, pueden ser, ó de capital conocido, ó de capital desconocido. Si se trata de estos últimos, la disposición del art. 1.611 los remite explícitamente á la ley especial; pero si se trata de los primeros, esto es, de aquellos cuyo capital sea conocido, ¿se reputarán redimibles sin esperar á esa ley, y se les aplicará, por consiguiente, desde luego las demás disposiciones que regulan en el Código la redención de los censos, especialmente el citado art. 1.608, que los declara redimibles aun siendo anteriores á la promulgación del nuevo Cuerpo legal? ¿Hubo, en una palabra, en los redactores del Código el propósito de cercenar en estos términos la competencia de la ley especial, prevenida en la ley de Bases, para que aquélla, en lugar de poder decidir todo lo relativo á la redención de los foros y demás contratos análogos, sólo pudiera hacerlo en lo referente á los citados gravámenes cuyo capital no fuese conocido?

No es mi ánimo desenvolver este punto relativo á si debían ó no desde luego estimarse redimibles, en las condiciones especiales de los censos de capital conocido, los foros y gravámenes análogos en que fuese igualmente conocido el capital. Mi observación se limita á hacer presente que, si al fin prevaleció este criterio, que después de todo implicaba una reforma de lo prevenido en la ley de Bases, debía por lo menos haberse consignado de un modo expreso, para evitar que la incertidumbre y lo arbitrario fueran notas características de esta importante materia. Y por lo mismo he creído que, debiendo respetarse en toda su latitud la competencia reservada á la ley, por la de Bases para la redacción del Código, mientras en éste no se declare expresamente lo contrario, era preciso no limitar lo dispuesto en el párrafo tercero del art. 1.611 á los efectos de las disposiciones que el mismo comprende (relativas, como he dicho, tan sólo á los censos de capital desconocido), sino extenderlo á todo lo que á la redención se refiere, y, de consiguiente, formulando al efecto, por artículo ó precepto especial, como ocurre en el artículo 1.538 del Proyecto, la doctrina que el Código presenta en el párrafo tercero del tantas veces mencionado artículo 1.611.

Artículo 1.612.—Sencilla por demás es, al parecer, la redacción de este artículo, pero su sencillez no impide que entrañe verdadera gravedad.

Aunque habla de gastos y no de costas, no hay que fiar demasiado en los límites de dicha locución, cuando es sabida la multiplicidad de tecnicismo que en el Código se emplea, así como dando también muestra el art. 1.168 de dicho Cuerpo legal de que no dejarían de comprenderse las costas judiciales entre lo que con el nombre de gastos se designa por el Código sin distinción entre judiciales y extrajudiciales.

Reprodújose en este artículo, sin duda, el propósito en

que parece inspirado el citado art. 1.168 en lo relativo al pago ó cumplimiento de las obligaciones.

Pero como en el citado art. 1.612 no se consigna la referida distinción entre lo judicial y lo extrajudicial, que es asunto de lo dispuesto en el 1.168, podría creerse, y con razón, que la obligación del censatario, á que hace referencia el 1.612, es común á los gastos judiciales y á los extrajudiciales, y que está, por tanto, en el caso de sufragar lo mismo su defensa que la del censualista ó la del acreedor hipotecario que contienda en atención á lo prevenido en el art. 149 de la ley Hipotecaria, ó la de cualquier otro litigante cuya actitud en juicio no se estime temeraria por los Tribunales de justicia.

Ya con ocasión de otro artículo, el 512 del Código, referente al usufructo, tuve necesidad de hacer notar los peligros á que expone la declaración de derechos, en las leyes sustantivas, respecto á las consecuencias que en juicio produce la actitud respectiva de los litigantes.

El ejercicio de las acciones en la sustanciación de los pleitos es lo que está llamado á determinar, en cada caso, lo que corresponda decidir acerca de la buena ó mala fe ó temeridad de los litigantes, que los Tribunales están llamados á apreciar en todo asunto, sin prevenciones derivadas de preceptos de leyes sustantivas, informados en consideraciones distintas de las que concretamente se reducen á la actitud de cada uno observada en el juicio.

No hay razón, en mi sentir, para que se prejuzgue un asunto que debe estar confiado á la discreción de los Tribunales, en términos distintos de aquellos mediante los cuales deben considerarlos en cada caso especial; pues es notorio que si en el orden judicial pueden los litigantes contender con razón ó sin razón, pero con buena fe, ó sin razón pero con mala fe ó temeridad, correspondiendo á estas tres distintas situaciones de razón, error ó malicia, en el litigio, el pronunciamiento favorable, ó el ad-

verso sin condena de costas, ó el adverso con condena de costas; no hay motivo, en justicia, para exigir que este régimen del orden judicial se altere ó perturbe hasta el punto de que el que litigue con razón haya de sufragar los gastos del que, si bien con buena fe, litigue careciendo de razón, y se vean los Tribunales, por virtud de un precepto como el del art. 1.612, en el caso de tener que condenar en las costas del litigio precisamente á aquel que obtenga la sentencia en su favor.

Establecer que el censatario deba pagar todos los gastos sin distinción entre los judiciales ó extrajudiciales, lo mismo los ocasionados por él que los ocasionados por sus contrarios, aun cuando la oposición de éstos sea injusta, mientras no se declare temeraria, y teniéndolos que pagar precisamente cuando le sea favorable la sentencia que se pronuncia, es, no sólo elevar á precepto legal una notoria injusticia, cerrando los ojos al principio de que todo litigante es responsable de los errores que cometa en la estimación de su derecho al sustentarlo en juicio, sino olvidar ó desconocer la completa independencia que existe entre los actos judiciales y los actos extrajudiciales, en una palabra, entre el ejercicio de los derechos y el ejercicio de las acciones, y olvidar igualmente la doctrina reconocida por el mismo Código civil, de acuerdo sin duda con estos principios que acabo de indicar, que cuando se trata del pago ó cumplimiento de las obligaciones los Tribunales decidirán, respecto á los gastos judiciales, con arreglo á lo que corresponda según la ley del Enjuiciamiento civil.

Por esto he creído que lo que probablemente se trató de expresar en el art. 1.612, á fin de que sean cuenta del censatario los gastos que se ocasionen para la redención y liberación del censo, debió ser respecto á los gastos extrajudiciales (art. 1.499 del Proyecto), esto es, con referencia á aquellos que, independientemente de toda acción,

y, por tanto, de toda reclamación en justicia, son solamente indispensables para la formalización y ultimación de los actos relativos al ejercicio del derecho de redimir, y por lo mismo sin perjuicio y con entera separación de las contiendas judiciales, cualquiera que sea el que las provoque y la actitud que adopte ó sostenga en el litigio.

Artículo 1.617.—La reforma que estimo indispensable en el contenido de este artículo, aparece claramente con la sola lectura del art. 1.504 del Proyecto que acompaño.

No creo que entrañe una verdadera innovación en el fondo. Entiendo, por el contrario, que lo prevenido en dicho art. 1.504 es lo que sin duda se propusieron decir los redactores del Código al formular el art. 1.617.

Declarando este último artículo que puede transmitirse el derecho á percibir la pensión de las fincas gravadas con censos, lo mismo que dichas fincas, parece dar á entender que cabe segregar del derecho real de censo el derecho á percibir la pensión, haciendo á este último objeto de transmisión, y que los censos no son transmisibles así como pueden serlo las fincas gravadas con ellos.

Hago estas observaciones porque, aunque no se me oculta que quizás se considere que el derecho á percibir la pensión es el derecho real de censo, y que la reforma que indico implica únicamente un cambio de locución sobre la base de tomar como sinónimos el censo y el derecho á percibir la pensión, como si éste, á pesar de sus términos precisos, envolviera legalmente todos los demás derechos que el censo produce, especialmente en el enfitéutico, no puedo menos de hacer presente lo que ya dejo expresado con ocasión del art. 1.605 donde, al señalar el contenido de la reserva en la constitución del censo enfitéutico, se establece que dicha reserva ha de comprender el dominio directo y el derecho á percibir del enfiteuta una pensión anual, con lo cual resulta que legalmente, según el Código, el derecho á percibir la pensión

es cosa distinta del dominio directo, y, por tanto, que concretando por el art. 1.617 la transmisibilidad al derecho de percibir la pensión, cabe disgregar, por virtud de semejante transferencia autorizada, aquellos dos elementos comprensivos de la mencionada reserva, á saber: el dominio directo y el derecho á percibir la pensión.

No creo, sin embargo, que éste haya sido el criterio de los redactores del Código. Entiendo, por el contrario, que ha habido deficiencia en el art. 1.617, así como exceso en la redacción del 1.605, pues ni el dominio directo debe ser cosa distinta del derecho á percibir la pensión, ni ser éste más que uno de los varios derechos que caracterizan dicho dominio, ni debe limitarse la transmisibilidad en el censo al derecho de percibir la pensión, sino concretarse al censo mismo; en una palabra, á la forma de propiedad que determina, y, por tanto, á cuantos derechos ó facultades derivan de su existencia.

Artículo 1.618.—Relativamente á este artículo mis indicaciones se limitan á lo que acabo de expresar respecto del anterior.

Evitar que la redacción pueda prestarse á interpretaciones contrarias al pensamiento que indudablemente lo inspiró.

Las últimas palabras de su párrafo primero podrían fácilmente dar pretexto para que se entendiese que la salvedad que contiene, respecto al título de *herencia*, no debía ser extensiva á las adquisiciones á título de *legado*, y por tanto, que según la distinta clase de sucesión ó título sucesorio, podrá ser distinta también la aplicación de lo prevenido en el mencionado artículo, para impedir la división de las fincas gravadas con censo en las adquisiciones á título hereditario y no impedirla en las adquisiciones sucesorias á título singular. Como la idea del legislador ha sido, sin duda alguna, prohibir la división en todo caso y hacer mención del título hereditario, no porque

fuese indispensable, dada la prohibición absoluta, sino como mera aclaración para evitar toda duda en los casos de sucesión, por esto he creído que era conveniente, por no decir necesaria, la reforma de la redacción del mencionado artículo en los términos del art. 1.505 del Proyecto que acompaño, el cual á su vez formula, con mayor precisión, el párrafo segundo de dicho artículo del Código.

Artículo 1.619.—Cosa análoga á lo dicho respecto á los artículos anteriores me limitaría á observar en cuanto al contenido de este artículo, si en lugar de referirse al intento de adjudicar la finca gravada con censo, se refiriese al intento de dividirla entre varios herederos ó legatarios.

De la adjudicación á la división hay una distancia considerable. La primera por sí sola no lleva consigo necesariamente á la segunda. A diferencia de la propiedad singular que la división lleva consigo en favor de cada heredero, y de la consiguiente multiplicidad de predios que ocasiona entre los mismos; la adjudicación permite, en cambio, mantener por la propiedad común de los herederos ó legatarios en cuyo favor se haga, la *unidad* del predio ó finca sobre el cual pese el censo de que se trate.

No creo que, mientras legítimamente se sostenga la unidad de predio, deba reconocerse al censualista la facultad de impedir, entre los interesados en el dominio de una finca gravada con censo, un estado jurídico (el de propiedad común) por el cual en nada ni para nada se atenta á los derechos del censualista; ni puedo creer tampoco que la evidencia de tan señaladas circunstancias se haya ocultado á los redactores del Código, que, sin duda, se propusieron referirse á la división en lugar de hacerlo, como resulta, á la adjudicación, cuando formularon el artículo de que me estoy ocupando.

Lo esencial para el censualista es la integridad de la finca sobre que el censo gravita, y lo esencial para dicha

integridad es no alterar en su unidad la existencia de aquélla; puntos ambos que en nada se perturban por la adjudicación á distintos herederos ó legatarios, permitiendo realizar en forma legítima una situación en que, no obstante la variedad del derecho respecto de cada uno de dichos interesados, subsista la unidad é integridad consiguiente del predio afecto á cualquier censo ó á cualquier otro derecho real.

Por esto entiendo que la adjudicación no debe hacerse depender de la voluntad del censualista, y así parecen indicarlo además los términos de dicho art. 1.619, cuando rectificando en cierto modo las primeras palabras del mismo artículo, se refiere al caso en que el censualista no preste su consentimiento para la *división;* dando á entender, con esta última expresión, que dicho precepto legal se refiere al caso en que la adjudicación se hiciese para dividir la finca entre los interesados en ella.

Mas como la división del predio no es un efecto necesario de la adjudicación á varios, y como siempre que por la división de la propiedad común se tratara de llevar á cabo la división material de la finca, habría términos hábiles para que el censualista prestara ó no su consentimiento, y para en caso negativo se practicara lo dispuesto en dicho art. 1.619 del Código, he creído que éste debía reformarse en los términos que expresa el art. 1.506 del Proyecto, para que ni se preste aquel precepto del Código á las diversas cuestiones que podrían provocar los extremos que acabo de indicar, ni por otra parte pueda creerse que el consentimiento del censualista para la adjudicación á varios herederos ó legatarios deba entenderse prestado para dividir entre ellos la finca de que se trate, y, por tanto, que aun contra la voluntad de aquél puedan proceder á la división de la finca cuando lo tengan por conveniente si han obtenido su consentimiento para la adjudicación.

Artículo 1.620.—Aunque á primera vista parece tan sencillo como claro el contenido de este artículo, es, sin embargo, en mi opinión, uno de los más confusos del Código.

Creo que esta sola afirmación es bastante para que desde luego se comprenda que no considero separarme de la doctrina sustentada por los redactores del Código al señalar la necesidad de reformar la redacción del precepto.

Declarar que son prescriptibles tanto el capital cómo las pensiones de los censos, aun cuando se añada: "conforme á lo que se dispone en el título XVIII de este libro", podría prestarse á la duda de si pueden adquirirse los censos por prescripción, declarando como declara el artículo 1.623 que los censos producen acción real, pues no hay acción real que no derive ó no se funde en un derecho real, y precisamente dicho título trata, en el capítulo II, de la prescripción adquisitiva del dominio y demás derechos reales.

El carácter de prescriptibles, que es la locución empleada en el art. 1.620, lo mismo podría, de consiguiente, referirse á la prescripción adquisitiva que á la prescripción extintiva, ya que aquel título del Código trata de la primera con referencia á los derechos reales, así como de la segunda con referencia á las acciones; y parecía natural que si únicamente aludía á estas últimas el art. 1.620 del Código, lo hubiera declarado de un modo explícito, disponiendo con claridad que son prescriptibles las acciones de los censos, así en cuanto el capital como en cuanto á las pensiones.

Este, sin embargo, habrá sido sin duda el pensamiento del Código; y no digo más acerca de este importante extremo relativo á la exclusión de toda prescripción adquisitiva en materia de censos, porque no han de tener estas observaciones ni aun siquiera el alcance de un comentario.

Concretándome, por consiguiente, á la prescripción extintiva, tampoco entiendo que haya sido feliz la redacción del Código, ni que lo habría sido aun formulada en los términos que acabo de expresar con referencia á las acciones de cuya prescripción se trata.

Ciertamente que acerca de este último extremo la doctrina de dicho artículo del Código tiene preciso complemento en los artículos 1.966 y 1.970 del mismo Cuerpo legal. Pero á buen seguro que al fijarse en la redacción de este último precepto se comprenderá con cuánta razón pueden, no sólo suscitarse dudas, sino levantarse enojosas y complicadas cuestiones al tratar de hacer aplicación, conforme al mismo, de la prescriptibilidad prevenida en el art. 1.620 del que me estoy ocupando.

Parecía natural que al tratar de caracterizar el objeto de la prescripción, en una palabra, lo que se declara prescriptible, se procurase ante todo fijarlo en lo que fuese reclamable; porque establecer la prescripción de una acción que no puede ejercitarse, ó lo que es lo mismo, declarar prescriptible un objeto (capital) que no se pueda reclamar, es verdaderamente invertir la doctrina de los principios en que descansa la prescripción, contradiciendo á la vez abiertamente lo prevenido en el art. 1.969 del mismo Código, según el cual el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones debe contarse desde el día en que se pueden ejercitar; pues aunque dicho artículo hace la salvedad relativa á cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, no cabe dudar que semejante salvedad no se refiere ni puede referirse á caso alguno en que la prescripción de la acción sobrevenga sin haber sido posible ejercitarla.

Sólo estas indicaciones revelan con evidencia que, aunque quepa declarar prescriptibles las pensiones de los censos, no cabe en realidad hacer lo mismo en lo referente al *capital,* después de consignar, como consigna ex-

plícitamente el art. 1.608 del Código, que es de naturaleza en el censo que la cesión del capital sea perpetua ó por tiempo indefinido, esto es, que el capital en el censo no sea cosa prestada, sino cosa cedida, y cedida á perpetuidad, de tal suerte, que ni por la naturaleza del título ni por las condiciones del mismo haya términos hábiles para su reclamación.

¿Cómo declarar, pues, prescriptible el capital equiparando á éste con las pensiones en cuanto á su prescriptibilidad?

Las pensiones pueden reclamarse, el capital no. Aquéllas dan lugar al ejercicio de una acción, el capital no permite ejercitarla; y ante esta diversidad tan notoria, la solución habría tenido que ser enteramente distinta si no se hubiese incurrido en una incorrección de lenguaje al redactar el artículo de que me estoy ocupando, queriendo decir, en lugar de lo que expresa con relación al capital, ó que es prescriptible el censo ó, quizás, con mejor sentido, que el censo se extingue por prescripción, que es lo que precisamente al efecto consigna el art. 1.507 del Proyecto.

Por mucho que se haya tratado de salvar el obstáculo que opone, para declarar prescriptible el capital, la imposibilidad de ser éste reclamado en los censos; por mucho, digo, que se haya procurado cohonestar semejante incorrección por las disposiciones del art. 1.970 del Código, es lo cierto que, como no podía menos de suceder, la confusión se cierne igualmente en lo establecido por este último precepto.

Compréndese perfectamente la disposición de su párrafo primero, porque se trata de la prescripción de acciones relativas al cumplimiento de obligaciones en que es exigible el capital; pero son realmente incomprensibles, á no suponer lo distinto de lo que expresan el segundo y tercer párrafo del mencionado artículo.

Declarar, por el segundo, que lo mismo se entiende respecto al censo consignativo, esto es, que lo dispuesto con referencia á la prescripción de las acciones para reclamar un capital exigible (párrafo primero de dicho artículo) se entiende lo mismo respecto al capital no exigible, en que falta, de consiguiente, el principio de la exigibilidad, es, no sólo equiparar cosas enteramente diversas, sino también incurrir en el absurdo de suponer, como base de la prescripción, una reclamación que es imposible formular.

Lo que indudablemente ha querido decir al art. 1.970 en su párrafo segundo, ha sido que se entenderá prescrito el capital aunque no sea reclamable ó, por mejor decir, que se extinguirá por prescripción el censo consignativo cuando desde el último pago de la pensión hayan transcurrido los treinta años á que hace referencia el art. 1.963; en una palabra, cuando hayan dejado de pagarse las pensiones durante treinta años consecutivos.

Lo mismo seguramente habrá querido decirse en el párrafo tercero con referencia á los censos enfitéutico y reservativo, á pesar de las mayores dudas que puede ofrecer semejante párrafo, cuando se observa que, así como el segundo se refiere solamente al capital del censo consignativo, el tercero no hace mención ni del capital ni de las pensiones, al referirse á los censos enfitéuticos y reservativos.

¿Es que relativamente á estos dos censos estima prescriptible el censo en lugar del capital? ¿Es que trata de establecer entre ellos y el consignativo una diferencia en cuanto á la prescripción de las pensiones? ¿Ó es, conforme antes indicaba, que lo que se trata de establecer por el art. 1.970 del Código consiste en declarar prescriptible el capital no exigible, y, por tanto, que la prescripción de semejante capital no se rija por la falta de reclamación durante un tiempo determinado, sino por la falta de re-

clamación de las pensiones, que son, sin embargo, prescriptibles por un lapso de tiempo enteramente distinto?

En su lugar oportuno habré de ocuparme de dicho artículo 1.970, al hacerlo de la prescripción de las acciones. Aquí me basta señalar la impropiedad de declarar prescriptible una acción que no existe, y la necesidad, por tanto, de rectificar, con ocasión del art. 1.620 del Código, un concepto que puede dar lugar á muchos y graves errores jurídicos, declarando francamente lo que ha querido decirse, esto es, que los censos se extinguen cuando por espacio de treinta años consecutivos deja de pagarse el canon ó pensión anual, que es lo que al efecto consigna el párrafo primero del art. 1.507 del Proyecto, estableciendo además por su párrafo segundo una disposición referente á las pensiones que es, en mi sentir, idéntica en el fondo á la doctrina que acerca de ellas admite el artículo 1.620 del Código, pero más clara y menos expuesta á las cuestiones que, dado el carácter general de la redacción de dicho artículo, se pueden fácilmente provocar.

Artículo 1.623.—Como podrá observarse al comparar este artículo con el 1.509 del Proyecto, la distinción objeto de la reforma, que en mi sentir es indispensable, consiste en la necesidad de determinar quién es el responsable de la acción personal á que hace referencia dicho artículo, á saber: contra quién y en qué condiciones procede ejercitar semejante acción.

Mientras la ley no fije concretamente la responsabilidad de persona determinada, el título necesario para el ejercicio de la acción personal habrá de depender de algún contrato ó cuasicontrato, siempre que la responsabilidad no emane de un acto ó de una omisión ilícitos en que intervenga cualquier género de culpa ó negligencia. Esta es la doctrina que expresamente consigna, al señalar las fuentes de las obligaciones, el art. 1.089 de nuestro Código Civil.

Al fin, la acción real, independientemente de todo título á que deba su origen el derecho que la produce, tiene jurídicamente una nota característica para su posible ejercicio, bastando, al efecto, conocer quién sea el tenedor ó poseedor de la cosa contra la cual haya de hacerse efectiva.

Pero tratándose de la acción personal, nada significa la tenencia ó posesión, siendo siempre indispensable el título correspondiente á la responsabilidad que se persigue, ya derive aquél de la ley ó de los contratos ó cuasicontratos, ó de los actos ú omisiones ilícitos en que haya concurrido culpa ó negligencia.

He aquí, pues, el fundamento de la deficiencia que se observa en el art. 1.623 del Código.

Habla de una acción real y de una acción personal. Nada necesita, ciertamente, acerca de la primera, para poderse conocer la procedencia y valor jurídico de su respectivo ejercicio; pero tratándose de la segunda, de nada sirve hablar de ella si no se fija concretamente la obligación que la motiva y se señala, por tanto, el título en que ha de ser apoyada.

Por esto, á la vista del art. 1.623, ocurre desde luego preguntar: ¿Contra quién procede la acción personal á que dicho artículo se refiere? ¿Quién es el deudor por cuya obligación dicha acción es procedente? ¿Contra quién, en definitiva, ha de recaer la responsabilidad de semejante obligación, aun cuando el censualista llegue á conseguir su importe del tenedor ó poseedor de la finca acensuada, ejercitando al efecto la acción real producida por el censo? ¿Es que, si dicho tenedor ó poseedor paga al censualista las pensiones atrasadas, no podrá reintegrarse de lo pagado por el verdadero responsable de las mismas? ¿Es que el Código supone que el ejercicio de la acción real y el de la personal, á que hace referencia el art. 1.623, no tiene otra trascendencia que la que deriva de lo prevenido

en el art. 117 de la ley Hipotecaria, para que por acción real contra la finca acensuada sólo puedan ser pedidas las tres últimas pensiones y deban las demás ser reclamadas mediante acción personal sobre bienes distintos, aunque propios también del tenedor ó poseedor de dicha finca, partiendo del supuesto de que no obstante ser distintas las acciones en consideración á los bienes, sea, sin embargo, una misma la persona contra la cual dichas accio nes corresponden?

Estas y otras muchas cuestiones, que podría señalar como corolario de lo prevenido en el art. 1.623 del Código, aun en el indicado supuesto de que se intentara regular las relaciones entre el censualista y el censatario por las disposiciones que la ley Hipotecaria establece tan sólo para las que existen con tercero, revelan, por de pronto, la necesidad de completar la doctrina de dicho artículo del Código, fijando concretamente sobre quién pesa la responsabilidad por pensiones atrasadas de los censos, y quién es, por consiguiente, el deudor de las mismas para poder ser perseguido por acción meramente personal.

¿Se dirá, quizá, que esta necesidad queda satisfecha sencillamente por el contrato de censo? Un supuesto semejante equivaldría notoriamente á protestar contra la calificación de contrato atribuída á la institución del censo.

¿Se dirá, por ventura, que el contrato de censo liga personalmente al censatario, y no simplemente como dueño de la finca acensuada? ¿Se pretenderá, quizá, que el contrato de censo no determina un vínculo contra el dominio de la finca acensuada, sino meramente una simple obligación en la persona que contrata?

Aunque esto hubieran imaginado los que pretenden calificar el censo como contrato, la realidad se les impone, viéndose precisados á salvar los límites de la contratación para reconocer, tanto por lo dispuesto en el art. 1.604

como por el artículo de que me estoy ocupando, que el censo, aun formalizado por contrato, determina una sujeción de bienes concretos y produce acción real, constituyendo, por tanto, según decía anteriormente, una verdadera forma de propiedad ó manera de servir las cosas á las personas, en lugar de caracterizar únicamente una forma de obligación fijando tan sólo la responsabilidad de una persona para otra.

Cualquiera que sea el contrato de censo, la personalidad del censatario es propiamente independiente de semejante relación jurídica, siempre que no reuna la condición de ser dueño de la cosa.

He aquí una situación que exige necesariamente distinguir, puesto que tratándose de las pensiones que el censo da derecho de percibir, puede ocurrir fácilmente que sea distinto el dueño de la finca acensuada cuando llegue el vencimiento de cada una de las pensiones.

¿Podrá suponerse legítimamente que en semejante caso la responsabilidad es exclusiva del dueño y poseedor actual de la finca acensuada, partiendo de la base de que, por una especie de derecho de devolución, el adquirente de la finca adquiere la responsabilidad de todas las pensiones atrasadas? ¿Cabrá imaginar que el contratante del censo mantendrá perpetuamente la responsabilidad personal de cuantas pensiones venzan, aun cuando haya dejado de ser dueño de la finca acensuada? ¿Podrá, en fin, suponerse que cada uno de los que han tenido la condición de dueño, al tiempo del vencimiento de cualquiera pensión llevará en sí la responsabilidad derivada de la misma?

Puntos son estos, entre otros, que no sólo revelan el error jurídico con que se ha dejado de calificar el censo como derecho de propiedad, sino que ponen á su vez de manifiesto la falta de semejante régimen para poder decidir en cada caso, con arreglo á principios establecidos

por la ley acerca del origen, desenvolvimiento y personificación, por decirlo así, de la responsabilidad derivada de los censos, las diversas cuestiones que en este punto pueden fácilmente suscitarse, ya entre censualista y censatario, ya con referencia á tercero, ya entre los distintos censatarios ó personas en quienes haya recaído la condición de dueño al vencimiento de cada una de las pensiones, siempre que se trate de hacer efectivas las atrasadas ó vencidas, y según que para conseguirlo se ejercite acción real ó haya de hacerse uso de la acción personal.

Ya los Códigos chileno y del Uruguay (artículos 2.034 y 1.828 respectivamente) se hicieron cargo de esta situación especial que origina en los censos el afán ó error generalizado de considerarlos como contratos, de tal modo que, aun aquellos Códigos que reputan acción personal la derivada del censo, comprendiendo la necesidad de separar la responsabilidad de las pensiones entre la persona del dueño de la finca acensuada y la del censuario al tiempo del vencimiento de cada una de ellas, estimaron al efecto la situación de mora relativamente á estas últimas, no obstante declarar que la obligación de pagar el censo sigue siempre al dominio de la finca acensuada, aun respecto de los cánones devengados antes de la adquisición de la finca.

Esta situación especialísima por la cual, no obstante el valor absoluto de la acción real del censo, que, aunque no se designe con este nombre, resulta notoriamente, haciendo pesar sobre el dominio y continuar con él la responsabilidad por las pensiones vencidas, se califica la personal del censatario de manera que se concrete tan sólo al pago de las pensiones vencidas durante el tiempo que ha estado en posesión de la finca, revela marcadamente que también aquellos Códigos, que comprendieron la necesidad de señalar el verdadero responsable de las pensiones atrasadas y de fijar, en su consecuencia, la

extensión de la acción personal producida por los censos, hubieron de hacerlo, no simplemente en consideración á los distintos bienes á que pudiese afectar una y otra acción, reservando la real para la finca acensuada y extendiendo la personal á cualesquiera otros bienes del censuario, sino en consideración á las distintas personas (dueño ó poseedor de la finca para la acción real, censuario al tiempo de vencer las pensiones para la personal) en quienes pudiera recaer esta última condición jurídica á consecuencia de las sucesivas transferencias de la finca acensuada.

¿Es este el sentido del art. 1.623 del Código, en que se habla de la acción personal? ¿Unifica el Código ambas acciones contra una misma persona, ó las diversifica, á semejanza de dichos Códigos americanos, entre el dueño de la finca acensuada y el que ha dejado de serlo?

He aquí un punto capitalísimo para fijar la verdadera naturaleza del censo; pero he aquí también una completa obscuridad en el Código para poder determinar qué es lo que ha querido decir en el mencionado artículo.

Dos consideraciones me permiten creer que el Código se pronuncia en el sentido de reputar deudor de una pensión vencida al censuario que ha dejado de tener el dominio de la finca.

Es la primera lo dispuesto en el art. 1.620, que parece dar á entender que la prescriptibilidad de las pensiones es asunto separado de la relativa al capital de los censos, cual si, á semejanza de lo que á este efecto formula el artículo 1.507 del Proyecto, para traducir en precepto este criterio del Código, se declara por el mismo que la prescripción del censo no ha de ser obstáculo para que puedan ser reclamadas las pensiones vencidas pero no prescritas, esto es, que aun cuando el capital del censo haya prescrito, puedan todavía subsistir como eficaces las últimas pensiones vencidas, siempre que respecto á ellas

no hayan transcurrido los cinco años á que hace referencia el art. 1.966 del mismo Cuerpo legal.

Es la segunda la innovación introducida por la ley Hipotecaria (artículos 116 y 117) equiparando, en cierto modo, el censo con la hipoteca en lo relativo al capital, y muy especialmente respecto á la seguridad de las pensiones y al derecho de reclamarlas con perjuicio de tercero.

En este punto no puedo menos de considerar sumamente aventurada la innovación de la ley Hipotecaria.

Sólo así se comprende que el criterio de nuestros legisladores y de nuestros jurisconsultos haya ido barrenando cada vez más todo lo referente á la naturaleza del censo como verdadero derecho real, á cambio de estimarlo también cada vez más por las condiciones de un contrato.

Parece imposible, sin embargo, que de tal modo se haya prescindido de lo que abre un verdadero abismo entre la hipoteca y el censo. En aquélla, siempre vivo el término de duración del contrato que la motiva, la facultad consiguiente de reclamar el capital garantizado por la hipoteca y la responsabilidad constante de la finca por el importe de semejante capital; en el censo, por el contrario, sin término ó plazo para la devolución de capital alguno, cedido mediante causa perpetua, sin facultad, por consiguiente, para reclamarlo en ninguna ocasión y sin responsabilidad de la finca acensuada por su respectivo importe.

Estas solas indicaciones revelan claramente la imposibilidad de equiparar en justicia al censo con la hipoteca, haciendo extensivo al primero lo que pudo estimarse necesario para el régimen de la segunda.

No diría lo mismo si fuera una verdad que en el censo respondiese la finca acensuada del importe del capital. La finca acensuada no responde más que del pago de las pensiones. Si al constituir el censo se da á conocer lo que se llama capital del censo, es sólo para saber por qué im-

porte puede el censatario, en su caso, expropiar al censualista de su derecho al censo, ó, en una palabra, redimir la obligación del pago de la pensión.

Y hago estas observaciones porque si al formarse la moderna legislación hipotecaria, atentos solícitamente aquellos legisladores al arraigo y desenvolvimiento del crédito territorial, proclamando los principios de la publicidad del Registro y singularidad de la garantía, para salvar en todo caso la buena fe del tercero, pudo comprenderse con razón que no había para qué sobrecargar la responsabilidad de las fincas gravadas con un capital determinado, con cuantas anualidades de intereses hubieran podido devengarse mientras no llegara á prescribir el derecho de reclamar el capital importe del gravamen y se creyera, como se creyó, conveniente, para satisfacer semejante necesidad, limitar á tres anualidades el sobrecargo de la responsabilidad de la finca, armonizando, por lo tanto, de esta suerte los intereses del acreedor hipotecario con el derecho de cuantos estuviesen interesados en el dominio de la misma, fácilmente se ve que tratándose del censo, donde la finca acensuada no tiene responsabilidad alguna por razón del capital, la limitación á tres anualidades por pensiones vencidas viene á ser verdaderamente la desnaturalización del derecho de censo, toda vez que obliga á levantar una acción personal al lado de la propia acción real, acción aquella que no tiene ni puede tener fundamento serio, como luego habré de demostrar; y todo esto sin que lo motive la necesidad de evitar sobrecargo alguno en la responsabilidad de la finca acensuada que pudiera, por su extensión, absorber contra un tercero todo el valor del inmueble referido.

Así como en la hipoteca, en que la finca responde del capital del crédito hipotecario, se creyó indispensable no admitir que esta responsabilidad se aumentara por intereses más allá de un límite determinado, para no exponer

al adquirente al pago de deudas para él desconocidas, en cambio, tratándose del censo, semejante limitación se impone cuando precisamente, no teniendo la finca responsabilidad de capital, no obstante ser éste conocido para el caso de redención, aun al tipo de tres por ciento no podrían llegar las pensiones á cubrir el importe del capital durante los treinta años necesarios para la prescripción del censo.

Pues si el capital del censo representa la transformación de la utilidad de la pensión en un valor de presente, ¿cómo puede decirse que mantener la responsabilidad de la finca acensuada, por las pensiones que sucesivamente venzan, es exponer al adquirente de la finca á la necesidad de pagar deudas cuyo alcance desconoce? ¿Cómo cabe suponer que es necesario limitar la responsabilidad de la finca por cierto número de pensiones, para no sobrecargarla con responsabilidades mucho mayores que la del capital que sirva de base al censo?

He aquí, en mi sentir, el error jurídico en que incurrieron los redactores de la ley Hipotecaria, sin duda influídos por la doctrina de la imprescriptibilidad de los censos, y previniéndose ante el temor de que si éstos se estimaran imprescriptibles, la responsabilidad ilimitada por las pensiones viniese á originar un efecto análogo al de la responsabilidad ilimitada por los intereses de las deudas hipotecarias.

Casi me atrevería á asegurar que la referida equiparación de la hipoteca y del censo, en cuanto á la responsabilidad de las pensiones, prevenida en los artículos 116 y 117 de la ley Hipotecaria, fué motivada por el temor de que los censos no se reputaran prescriptibles. En este sentido se comprende perfectamente el criterio de los redactores de la ley Hipotecaria.

Pero si esto se hacía con motivo de dicha ley en lo referente á las pensiones, la jurisprudencia por su parte lle-

vaba adelante otra evolución en lo referente á los censos, estimándolos prescriptibles y sentando, de consiguiente, las bases en que se apoya la doctrina del Código Civil al proclamar la prescriptibilidad del capital de los censos.

Resultado de este doble proceso de la ley Hipotecaria y de la jurisprudencia, en materia censual, ha sido que quedaran en pie en la legislación las limitaciones de la primera en cuanto á las tres anualidades de pensiones, fundada en la imprescriptibilidad, no obstante la doctrina de la jurisprudencia sustentando la prescriptibilidad de los censos.

Y nótese cómo por esta doble evolución, que ha completado esta última doctrina, ha desaparecido poco á poco el derecho real de censo, para quedar únicamente reducido al derecho á percibir tres anualidades de pensión, y ha sido forzoso abrir violentamente un boquete para introducir, en esta institución eminentemente real, ese llamado derecho ó acción personal para la reclamación de pensiones atrasadas, que ni tiene su apoyo en la responsabilidad del contratante, ni en disposición expresa de la ley, ni en forma alguna originaria de verdadera obligación, ni mucho menos en la naturaleza del censo, que es esencialmente real, y en cuya virtud está demás toda acción personal; ni hay tampoco motivo para temer como en la hipoteca un perjuicio para tercero, cuando, según lo que antes indicaba, la mayor extensión en el orden de las pensiones no satisfechas, ó por mejor decir, aun admitiendo su posible reclamación durante todo el tiempo necesario para la prescripción del censo, escasamente llegaría á cubrir el total importe del capital en que resulte estimado el valor de presente del derecho á percibir la pensión.

Bien se comprende, por estas indicaciones, que, ó es preciso rectificar lo prevenido por la ley Hipotecaria, reconociendo la innecesidad de sus limitaciones, una vez

admitida la prescriptibilidad de los censos, ó es preciso fijar con claridad sobre quién, en qué condiciones y cómo se origina la acción personal de que habla el art. 1.623 del Código; porque es evidente, frente al dilema que acabo de señalar, que precisamente lo que no puede continuar tal como resulta legislado es ese criterio por el cual se declara que los censos producen acción personal, que no se sabe qué es, en qué consiste y sobre quién pesa, ni es posible determinar qué trascendencia tiene la responsabilidad que la motiva, para que pueda ser objeto de la reclamación correspondiente, cuando en virtud del ejercicio de la acción real se ve el censualista precisado á hacerla efectiva de la persona del poseedor, distinta del obligado.

Artículo 1.626.—Lo establecido en este artículo es realmente la contradicción de los principios en que descansa el régimen de la propiedad y de aquellos en que se funda la doctrina de los derechos reales.

Bien podría añadir que es, en cierto modo, la contradicción igualmente de lo prevenido en el párrafo primero del art. 1.625 del mismo Código. Inspírase este último en el criterio de que la cosa perece para su dueño, declarando, en su consecuencia, que la pérdida total de la finca gravada con censo lleva consigo la extinción de éste, y el cese, por tanto, del pago de la pensión. Es decir, que si la finca acensuada se pierde totalmente, sus consecuencias afectan lo mismo al censualista que al censatario; cada uno pierde su respectiva propiedad, y se pone, de esta suerte, de manifiesto el notorio error de considerar al censo como un contrato, porque en tal caso no queda de semejante contrato el más mínimo efecto jurídico.

Pero por esa serie de contradicciones que en el régimen de los censos he tenido ya necesidad de hacer notar; por esa extraña naturaleza en que se acude á la acción real,

atribuyendo al censo el valor propio del derecho de propiedad, y se inventa una especie de acción personal cuando no se sabe cómo salir del paso en el empeño de llamar contrato á lo que en efecto no lo es, ofrécese igualmente en el Código el art. 1.626, para que, en el caso en que se halle asegurada la finca gravada con censo, las relaciones entre el censualista y censatario sean enteramente distintas del caso en que semejante seguro no exista; para que, en una palabra, si el censatario tiene la finca asegurada, el seguro, formalizado por el censatario, sirva tan sólo para defender al censualista la total integridad de su respectivo derecho.

Según el párrafo primero del art. 1.625, á cuyo caso hace referencia lo prevenido en el art. 1.626 del Código, esto es, el caso de pérdida ó destrucción total de la finca gravada por censo, la fuerza mayor ó caso fortuito afectan por igual al censualista y al censatario, dejando al primero sin su derecho censual, y al segundo sin el dominio de la finca acensuada.

Mas, en cambio, si el censatario ha asegurado su finca, el valor, la indemnización ó precio del seguro queda afecto al pago del capital del censo y de las pensiones vencidas, sin proporción alguna con los derechos del censatario y, por consiguiente, con el valor por el que haya sido asegurada la finca de que se trate.

Claro es que, si asegurada una finca, se obtuviera por entero el valor del seguro como indemnización, nada habría que oponer al contenido del artículo; porque al fin dicha indemnización vendría á representar la transformación de la utilidad jurídica de la finca asegurada, y, por tanto, del interés respectivo que en la misma corresponde al censualista y censatario.

El Código indudablemente da por supuesto que este ha de ser siempre el resultado de toda indemnización que se obtenga por el seguro, en caso de destrucción total de la

finca asegurada. Pero es sabido cómo la realidad modifica este criterio doctrinal en materia de seguros, y cuán frecuentemente la indemnización que en definitiva se obtiene, mas es un tanto por ciento del valor asegurado que el reembolso de su importe total.

No tiene en cuenta, sin embargo, el Código esta realidad, que la experiencia pone cada vez más de manifiesto; y lo cierto es que, como no establece distinción alguna, según lo que se obtenga por el seguro resulta que, cualquiera que sea la cantidad que en definitiva se perciba, exige que ante todo quede á salvo para el censualista el capital del censo y las pensiones vencidas, como si no se tratase de un caso en que, según el párrafo primero del art. 1.625, el efecto del suceso debiera afectar por igual al censualista y al censatario.

No se trata de un préstamo de capital, ni tampoco de la responsabilidad personal que al contratante del censo le obligue á devolver capital determinado.

Por esto entiendo que la existencia del seguro en nada debe alterar el efecto jurídico de la fuerza mayor ó caso fortuito, tratándose de derechos de propiedad, como son los del censualista y censatario. De otro modo, las funciones del seguro no serían las peculiares de esta institución; pues lejos de salvar á cada interesado lo que le corresponda, según su derecho, en la cosa asegurada, sólo serviría para asegurar al uno en perjuicio del otro, esto es, para producir desigualdad de condiciones entre el censualista y el censatario, no obstante ser igual su condición ante el derecho si el seguro no existiese.

Á fin, pues, de no dar al seguro este efecto extraño á su propia institución, y de no alterar tampoco en las relaciones de censualista y censatario la condición de igualdad en que el derecho les coloca cuando por fuerza mayor ó caso fortuito se ven perjudicados en las cosas de su mutua pertenencia, así como para poner en armonía el

contenido del art. 1.626 con lo prevenido en el párrafo primero del 1.625, he creído que en lugar de dejar á salvo, sin distinción alguna, la completa integridad de los derechos del censualista sobre la indemnización que se obtenga por el seguro, era necesario establecer la proporción del interés en que se fija el derecho del censualista y del censatario sobre el valor de la finca, para que en la misma proporción obtenga cada uno, mediante el seguro, la indemnización respectiva de su derecho, pues fácilmente se comprende que si el importe de dicha indemnización alcanza á la totalidad del capital asegurado, realizará el censualista, en virtud de la proporción establecida en el Proyecto (art. 1.512), lo mismo que le correspondería en vista de lo prevenido por el art. 1.626 del Código; por más que si la indemnización no alcanza á dicha totalidad, deba fijarse equitativamente, mediante la referida proporción del Proyecto, una cantidad menor á cambio de indemnizar también al censatario en la parte que al mismo corresponda.

Aun cuando pudiera contestarse que ya el artículo deja á elección del censatario la facultad de invertir en la reedificación de la finca el importe de la indemnización, desde luego se ve cuán precario ha de ser el ejercicio de semejante facultad, tratándose del caso de pérdida ó inutilización total de la finca; por lo cual he considerado, así como teniendo presente que el seguro de las fincas (no ya el seguro de sus frutos) recae generalmente sobre las de condición urbana, que el Código, sin duda, se refiere á las que consisten en edificios, pues son precisamente las que permiten esa reedificación en que descansa dicha referida elección reservada al censuario, y he procurado armonizar en este caso el interés del censualista y el del censuario en la reconstitución del censo sobre la base de su respectiva participación en el valor de cuanto se invierta en dicha reedificación, así como evitar que por el

sentido literal de lo que dispone dicho artículo acerca de las pensiones vencidas, pudiera resultar el censatario responsable de aquellas de que no fuese deudor.

Recuérdese á este propósito lo que queda indicado acerca del art. 1.623 al tratar de la llamada acción personal para reclamar el pago de las pensiones atrasadas, pues puede ocurrir muy fácilmente que sean personas distintas del que sea censatario, al tiempo que tenga lugar la fuerza mayor ó el caso fortuito que inutilice totalmente la finca, aquellas durante cuyo dominio ó posesión hayan vencido las pensiones atrasadas; en cuyo caso, no distinguiendo, como no distingue el Código respecto del número de las vencidas en el artículo de que me ocupo, vendría á hacerse recaer contra el censatario en quien concurriese la condición de nuevo adquirente, y de consiguiente de tercero, una responsabilidad de mayor alcance sobre la indemnización obtenida por el seguro, que la que tendría con arreglo á la ley Hipotecaria sobre la finca acensuada si no se hubiese inutilizado.

Pero aparte de estas cuestiones á que puede dar origen el contenido del art. 1.626, y de la distinta condición en que por el hecho del seguro se coloca al censualista y censatario en el sentido que dejo expuesto, cual si las funciones del seguro pudieran consistir en alterar los derechos de los asegurados en la finca asegurada, y no debieran concretarse tan sólo á indemnizar ó reparar á cada uno el perjuicio que sufra en la proporción de su respectivo derecho, entiendo que todavía el referido art. 1.626 del Código sienta una doctrina no menos aventurada, al observar que además de dicha desigualdad de condición entre el censualista y el censatario respecto á la indemnización del seguro, traza entre ambos una separación por todo extremo arbitraria, como si el interés del censualista hubiera de quedar reducido en una forma aleatoria al importe de la indemnización, para entregar exclusivamente

extensión de la acción personal producida por los censos, hubieron de hacerlo, no simplemente en consideración á los distintos bienes á que pudiese afectar una y otra acción, reservando la real para la finca acensuada y extendiendo la personal á cualesquiera otros bienes del censuario, sino en consideración á las distintas personas (dueño ó poseedor de la finca para la acción real, censuario al tiempo de vencer las pensiones para la personal) en quienes pudiera recaer esta última condición jurídica á consecuencia de las sucesivas transferencias de la finca acensuada.

¿Es este el sentido del art. 1.623 del Código, en que se habla de la acción personal? ¿Unifica el Código ambas acciones contra una misma persona, ó las diversifica, á semejanza de dichos Códigos americanos, entre el dueño de la finca acensuada y el que ha dejado de serlo?

He aquí un punto capitalísimo para fijar la verdadera naturaleza del censo; pero he aquí también una completa obscuridad en el Código para poder determinar qué es lo que ha querido decir en el mencionado artículo.

Dos consideraciones me permiten creer que el Código se pronuncia en el sentido de reputar deudor de una pensión vencida al censuario que ha dejado de tener el dominio de la finca.

Es la primera lo dispuesto en el art. 1.620, que parece dar á entender que la prescriptibilidad de las pensiones es asunto separado de la relativa al capital de los censos, cual si, á semejanza de lo que á este efecto formula el artículo 1.507 del Proyecto, para traducir en precepto este criterio del Código, se declara por el mismo que la prescripción del censo no ha de ser obstáculo para que puedan ser reclamadas las pensiones vencidas pero no prescritas, esto es, que aun cuando el capital del censo haya prescrito, puedan todavía subsistir como eficaces las últimas pensiones vencidas, siempre que respecto á ellas

no hayan transcurrido los cinco años á que hace referencia el art. 1.966 del mismo Cuerpo legal.

Es la segunda la innovación introducida por la ley Hipotecaria (artículos 116 y 117) equiparando, en cierto modo, el censo con la hipoteca en lo relativo al capital, y muy especialmente respecto á la seguridad de las pensiones y al derecho de reclamarlas con perjuicio de tercero.

En este punto no puedo menos de considerar sumamente aventurada la innovación de la ley Hipotecaria.

Sólo así se comprende que el criterio de nuestros legisladores y de nuestros jurisconsultos haya ido barrenando cada vez más todo lo referente á la naturaleza del censo como verdadero derecho real, á cambio de estimarlo también cada vez más por las condiciones de un contrato.

Parece imposible, sin embargo, que de tal modo se haya prescindido de lo que abre un verdadero abismo entre la hipoteca y el censo. En aquélla, siempre vivo el término de duración del contrato que la motiva, la facultad consiguiente de reclamar el capital garantizado por la hipoteca y la responsabilidad constante de la finca por el importe de semejante capital; en el censo, por el contrario, sin término ó plazo para la devolución de capital alguno, cedido mediante causa perpetua, sin facultad, por consiguiente, para reclamarlo en ninguna ocasión y sin responsabilidad de la finca acensuada por su respectivo importe.

Estas solas indicaciones revelan claramente la imposibilidad de equiparar en justicia al censo con la hipoteca, haciendo extensivo al primero lo que pudo estimarse necesario para el régimen de la segunda.

No diría lo mismo si fuera una verdad que en el censo respondiese la finca acensuada del importe del capital. La finca acensuada no responde más que del pago de las pensiones. Si al constituir el censo se da á conocer lo que se llama capital del censo, es sólo para saber por qué im-

porte puede el censatario, en su caso, expropiar al censualista de su derecho al censo, ó, en una palabra, redimir la obligación del pago de la pensión.

Y hago estas observaciones porque si al formarse la moderna legislación hipotecaria, atentos solícitamente aquellos legisladores al arraigo y desenvolvimiento del crédito territorial, proclamando los principios de la publicidad del Registro y singularidad de la garantía, para salvar en todo caso la buena fe del tercero, pudo comprenderse con razón que no había para qué sobrecargar la responsabilidad de las fincas gravadas con un capital determinado, con cuantas anualidades de intereses hubieran podido devengarse mientras no llegara á prescribir el derecho de reclamar el capital importe del gravamen y se creyera, como se creyó, conveniente, para satisfacer semejante necesidad, limitar á tres anualidades el sobrecargo de la responsabilidad de la finca, armonizando, por lo tanto, de esta suerte los intereses del acreedor hipotecario con el derecho de cuantos estuviesen interesados en el dominio de la misma, fácilmente se ve que tratándose del censo, donde la finca acensuada no tiene responsabilidad alguna por razón del capital, la limitación á tres anualidades por pensiones vencidas viene á ser verdaderamente la desnaturalización del derecho de censo, toda vez que obliga á levantar una acción personal al lado de la propia acción real, acción aquella que no tiene ni puede tener fundamento serio, como luego habré de demostrar; y todo esto sin que lo motive la necesidad de evitar sobrecargo alguno en la responsabilidad de la finca acensuada que pudiera, por su extensión, absorber contra un tercero todo el valor del inmueble referido.

Así como en la hipoteca, en que la finca responde del capital del crédito hipotecario, se creyó indispensable no admitir que esta responsabilidad se aumentara por intereses más allá de un límite determinado, para no exponer

al adquirente al pago de deudas para él desconocidas, en cambio, tratándose del censo, semejante limitación se impone cuando precisamente, no teniendo la finca responsabilidad de capital, no obstante ser éste conocido para el caso de redención, aun al tipo de tres por ciento no podrían llegar las pensiones á cubrir el importe del capital durante los treinta años necesarios para la prescripción del censo.

Pues si el capital del censo representa la transformación de la utilidad de la pensión en un valor de presente, ¿cómo puede decirse que mantener la responsabilidad de la finca acensuada, por las pensiones que sucesivamente venzan, es exponer al adquirente de la finca á la necesidad de pagar deudas cuyo alcance desconoce? ¿Cómo cabe suponer que es necesario limitar la responsabilidad de la finca por cierto número de pensiones, para no sobrecargarla con responsabilidades mucho mayores que la del capital que sirva de base al censo?

He aquí, en mi sentir, el error jurídico en que incurrieron los redactores de la ley Hipotecaria, sin duda influídos por la doctrina de la imprescriptibilidad de los censos, y previniéndose ante el temor de que si éstos se estimaran imprescriptibles, la responsabilidad ilimitada por las pensiones viniese á originar un efecto análogo al de la responsabilidad ilimitada por los intereses de las deudas hipotecarias.

Casi me atrevería á asegurar que la referida equiparación de la hipoteca y del censo, en cuanto á la responsabilidad de las pensiones, prevenida en los artículos 116 y 117 de la ley Hipotecaria, fué motivada por el temor de que los censos no se reputaran prescriptibles. En este sentido se comprende perfectamente el criterio de los redactores de la ley Hipotecaria.

Pero si esto se hacía con motivo de dicha ley en lo referente á las pensiones, la jurisprudencia por su parte lle-

porte puede el censatario, en su caso, expropiar al censualista de su derecho al censo, ó, en una palabra, redimir la obligación del pago de la pensión.

Y hago estas observaciones porque si al formarse la moderna legislación hipotecaria, atentos solícitamente aquellos legisladores al arraigo y desenvolvimiento del crédito territorial, proclamando los principios de la publicidad del Registro y singularidad de la garantía, para salvar en todo caso la buena fe del tercero, pudo comprenderse con razón que no había para qué sobrecargar la responsabilidad de las fincas gravadas con un capital determinado, con cuantas anualidades de intereses hubieran podido devengarse mientras no llegara á prescribir el derecho de reclamar el capital importe del gravamen y se creyera, como se creyó, conveniente, para satisfacer semejante necesidad, limitar á tres anualidades el sobrecargo de la responsabilidad de la finca, armonizando, por lo tanto, de esta suerte los intereses del acreedor hipotecario con el derecho de cuantos estuviesen interesados en el dominio de la misma, fácilmente se ve que tratándose del censo, donde la finca acensuada no tiene responsabilidad alguna por razón del capital, la limitación á tres anualidades por pensiones vencidas viene á ser verdaderamente la desnaturalización del derecho de censo, toda vez que obliga á levantar una acción personal al lado de la propia acción real, acción aquella que no tiene ni puede tener fundamento serio, como luego habré de demostrar; y todo esto sin que lo motive la necesidad de evitar sobrecargo alguno en la responsabilidad de la finca acensuada que pudiera, por su extensión, absorber contra un tercero todo el valor del inmueble referido.

Así como en la hipoteca, en que la finca responde del capital del crédito hipotecario, se creyó indispensable no admitir que esta responsabilidad se aumentara por intereses más allá de un límite determinado, para no exponer

al adquirente al pago de deudas para él desconocidas, en cambio, tratándose del censo, semejante limitación se impone cuando precisamente, no teniendo la finca responsabilidad de capital, no obstante ser éste conocido para el caso de redención, aun al tipo de tres por ciento no podrían llegar las pensiones á cubrir el importe del capital durante los treinta años necesarios para la prescripción del censo.

Pues si el capital del censo representa la transformación de la utilidad de la pensión en un valor de presente, ¿cómo puede decirse que mantener la responsabilidad de la finca acensuada, por las pensiones que sucesivamente venzan, es exponer al adquirente de la finca á la necesidad de pagar deudas cuyo alcance desconoce? ¿Cómo cabe suponer que es necesario limitar la responsabilidad de la finca por cierto número de pensiones, para no sobrecargarla con responsabilidades mucho mayores que la del capital que sirva de base al censo?

He aquí, en mi sentir, el error jurídico en que incurrieron los redactores de la ley Hipotecaria, sin duda influídos por la doctrina de la imprescriptibilidad de los censos, y previniéndose ante el temor de que si éstos se estimaran imprescriptibles, la responsabilidad ilimitada por las pensiones viniese á originar un efecto análogo al de la responsabilidad ilimitada por los intereses de las deudas hipotecarias.

Casi me atrevería á asegurar que la referida equiparación de la hipoteca y del censo, en cuanto á la responsabilidad de las pensiones, prevenida en los artículos 116 y 117 de la ley Hipotecaria, fué motivada por el temor de que los censos no se reputaran prescriptibles. En este sentido se comprende perfectamente el criterio de los redactores de la ley Hipotecaria.

Pero si esto se hacía con motivo de dicha ley en lo referente á las pensiones, la jurisprudencia por su parte lle-

Artículo 1.629.—La redacción casi enteramente igual á la del art. 1.515 del Proyecto me releva de toda observación, no teniendo como no tienen éstas el carácter de comentario. La variante que se nota á simple vista consiste únicamente en prevenir, según indicaba hace poco, las cuestiones que podrían suscitarse bajo el supuesto de que los censos no consientan otro origen legal más que el contrato.

Separada oportunamente la materia de su origen ó constitución y la de su forma ó manera de conseguir sus efectos, era natural que, para el objeto que constituye el asunto del mencionado artículo, se tuviese presente que, aun cuando el contrato unifique en su forma la eficacia del censo, participa, sin embargo, de sus causas, haciendo, por lo mismo, indispensable que en cualquiera de las expresadas funciones se ajuste la constitución ó la formalización del censo enfitéutico á los requisitos á que especialmente se refiere dicho art. 1.629 del Código, así para dar á conocer de un modo positivo la prestación en que consista el gravamen durante su subsistencia, como el tipo por el cual haya de regirse la redención en su caso, hallándose estatuída en general no obstante la causa perpetua de la naturaleza del censo y salvas las restricciones temporales á que hace referencia el art. 1.608 del mismo Cuerpo legal.

Artículo 1.630.—Tampoco este precepto del Código presenta diferencias de significación con el art. 1.516 del Proyecto. Sólo en éste se consigna que también, bajo pena de nulidad, se fije la especie y calidad de los frutos cuando en cantidad de éstos haya de consistir la pensión. Probablemente el Código lo habría entendido así, aunque el legislador considerase que bastaba haber prevenido dicha sanción en lo dispuesto por el artículo anterior; y si bien en realidad el objeto de éste, al establecerla, sólo puede quedar atendido cumplidamente mediante las

expresadas circunstancias de que trata el párrafo primero del artículo que nos ocupa, en cuyo sentido más bien correspondía que formara párrafo del precedente, he creído, no obstante, que semejante efecto, derivado de la interpretación, por el enlace y alcance de dichos dos preceptos legales, corría riesgo de aparecer en oposición con el principio de que sólo debe distinguirse donde la ley lo hace, y muy señaladamente en materia de interpretación restrictiva, como la que corresponde para alguna sanción de nulidad, que si aparece expresa en lo prevenido por el primero de dichos dos artículos, no resulta en el segundo; siendo, no obstante, indispensable para que quede la prestación positivamente determinada.

Artículo 1.631.—Traslado casi literal de lo dispuesto por este artículo del Código es el contenido del 1.517 del Proyecto. Ya al tratar del art. 1.627, que comprende la doctrina general de los censos en materia de expropiación, se dejó indicada especialmente, por la modificación del último de sus párrafos, la necesidad de acomodar á reglas especiales dicha materia cuando la expropiación es parcial y se trata de censo en que, como el enfitéutico, resulta dividida la condición de dueño. Esta circunstancia exigía que, salvo en lo referente á la proporcionalidad del respectivo interés de cada dueño en la finca acensuada, fueran atendidos de igual suerte los derechos del dueño directo y los del enfiteuta, en cuyo sentido no podía menos de considerar ajustada á rectos principios la referida doctrina del mencionado artículo del Código, que se limita á reproducir el Proyecto que acompaño.

Artículo 1.632.—También en lo peculiar á este precepto existe en principio verdadera conformidad entre lo dispuesto en el Código y lo prevenido en el Proyecto. Si en su párrafo segundo se observan diferencias, es sólo para evitar, ante todo, la confusión con que en el nuevo Cuerpo legal aparecen la propiedad y el dominio, respondiendo

al efecto el Proyecto al criterio distintivo que caracteriza á cada una de ambas instituciones, y además para evitar igualmente que, aun en lo relativo al dominio dividido, pudiera considerarse que el derecho del enfiteuta, lejos de ser exclusivo, fuese, por el contrario, común con el del dueño directo en lo correspondiente á los tesoros y minas que en la finca enfitéutica llegasen á descubrirse. Los derechos que en estos casos derivan del estado de propiedad de los bienes no pertenecen á todo propietario, sino precisamente al que tiene la condición de dueño. Así lo expresa claramente el mismo Código por su art. 351, y no hay, por consiguiente, utilidad, sino peligro en variar la nomenclatura, señaladamente cuando puede además conducir, según sucede en otros artículos, á que con lamentable confusión de concepto se presenten como sinónimos la propiedad y el dominio. Aunque el dueño sea propietario, no todo propietario es dueño. No cabe, pues, referir á aquél lo que es privativo de éste, y mucho menos tratándose, como en este caso, del dominio dividido, en que podría entenderse que carece el enfiteuta de la condición de dueño, y que, lejos de tener derecho exclusivo á cuanto por derecho de propiedad corresponde al dueño en los tesoros y minas, tuviera necesidad de compartirlo con el señor ó dueño directo. No es este, ciertamente, el criterio que rige el censo enfitéutico, ni el que sin duda se propuso el legislador en el artículo de que me ocupo. Dirigido á trazar, por decirlo así, la esfera de acción del enfiteuta en lo peculiar al derecho de disfrute de la finca cuyo dominio útil le pertenece, señala, como es natural, sus facultades, con exclusión del dueño directo, cuyas respectivas utilidades características de la especialidad del gravamen que lleva consigo el censo enfiteutico tienen, por otras disposiciones, determinado su alcance.

Por esto, del mismo modo que es facultad exclusiva del

enfiteuta lo prevenido en el párrafo primero del mencionado artículo, ha de serlo igualmente lo establecido en el segundo, que integra en un orden de utilidades incompatible, en cierto modo, con la causa perpetua de la cesión de la finca verificada por la constitución del censo, de la transferencia, en una palabra, del dominio designado como útil y de la indeterminación con que en este punto se caracteriza la pertenencia de semejante dominio. Mas no basta que éste sea el criterio del artículo; es también indispensable que resulte claramente de su misma redacción.

Decir que el enfiteuta tiene los mismos derechos que el propietario, parece como que ni se le reputa propietario, ni que se prive á éste de los derechos que como tal le correspondan. Y, sin embargo, ni el enfiteuta deja de ser un verdadero propietario, al punto de reunir además la condición de dueño, ni tiene que compartir, en razón de semejante igualdad de derechos enunciada en el precepto legal, y con el dueño directo, las utilidades á que hace referencia el párrafo segundo del artículo. Es preciso, pues, evitar que si al parecer se pone en duda en el enfiteuta la condición de propietario, sea el dueño directo quien resultara ante todo favorecido por dicha condición, ya que, dividido el dominio y no reputando propietario al enfiteuta, nadie se hallaría en mejor situación que el señor directo para invocar como propia aquella condición.

En este punto, la falta de rigorismo en el lenguaje podría servir de pretexto para desnaturalizar el censo de que me ocupo, y por lo mismo he creído que era indispensable la referida modificación, más de redacción que de doctrina, que se observa en el párrafo segundo del mencionado art. 1.518 del Proyecto.

Artículos 1.633 y 1.634. — Consistiendo la primera de estas disposiciones en una fórmula general expresiva de la libertad del enfiteuta para el ejercicio de sus derechos

sobre el predio, y especialmente el de su transmisión, limítase el Proyecto á mantener su contenido; pues así como su eficacia ha de depender de lo que establecen los artículos siguientes, su principal importancia descansa en el deslinde de utilidades que afirma entre el dominio directo y el útil, para que las disposiciones de éste deban dejar, en todo caso, á salvo los derechos que al dueño directo corresponden. Forma para la realización de semejante deslinde y, por mejor decir, para procurar ante todo la integridad de dicho dominio directo y facilitar á su vez en lo posible la unificación del dominio dividido, son las prescripciones de los artículos que siguen al que, como acabo de indicar, consigna aquella doctrina de carácter general que equivale únicamente á preceptuar que el enfiteuta ha de hacer uso de sus derechos con las restricciones y condiciones de su determinación según el título constitutivo del censo. Así quedarán á salvo los derechos del dueño directo; pues sabido es que la naturaleza jurídica del censo enfitéutico descansa precisamente en el carácter determinado de las facultades del dominio directo, como expresión del gravamen que produce dicho censo sobre la propiedad, frente á la indeterminación de las utilidades que al dueño útil asegura su respectivo dominio. En este sentido, toda limitación á que deba ajustarse el enfiteuta ha de reconocer por fundamento prescripción expresa de la ley ó de aquel título constitutivo; pues siempre ha de tener de su parte la libertad que la condición de verdadero dueño asegura para el aprovechamiento y disposición de los bienes en que se tiene el dominio. Pero como este deslinde ó contraposición que necesariamente ha de resultar entre lo determinado y lo indeterminado pudiera, á pesar de todo, ofrecer graves dificultades cuando la pensión consista en alguna parte alícuota de los frutos que produzca la finca enfitéutica, por depender en tal caso esencialmente de la productibilidad

de la finca la utilidad de la pensión en que haya de consistir la prestación del censo, la ley no ha podido menos de concertar (dicho art. 1.634) el interés de ambos dueños de manera que la voluntad del uno (el enfiteuta en este caso) no pueda colocar á la finca en condiciones jurídicas, por la imposición de servidumbres ú otras cargas, que afectando más ó menos directamente á su explotación y productibilidad, llegaran á disminuir considerablemente sus utilidades, y por consecuencia la prestación censual.

De otro modo la situación del dominio directo dependería esencialmente del útil, quedando en cierta manera á discreción de éste, lo cual, sobre ser opuesto á la naturaleza del censo, que, como carga ó gravamen, requiere determinación positiva en las utilidades que constituyen su eficacia ó valor jurídico, alteraría además la doctrina que en este punto ha sustentado nuestra legislación hipotecaria, la cual, si bien autoriza, por ejemplo (por el artículo 151 de la ley), al censatario para optar entre desamparar la finca ó *exigir* que se reduzcan las pensiones en proporción al valor que conservase, cuando disminuyere hasta el punto de no bastar sus réditos ó rendimientos líquidos para pagar las pensiones del censo, solamente lo consiente cuando una finca acensuada se deteriorare ó hiciese menos productiva por cualquiera causa que no sea *dolo, culpa* ó *la voluntad* del censatario. Si ésta interviene, aunque sea por un motivo legítimo, como si hiciese uso de facultades inherentes á su derecho, la ley no le permite ya exigir la reducción ni le autoriza de consiguiente para la opción que se acaba de expresar; pero esta garantía por sí sola, que defiende la integridad del censo ó, por mejor decir, la integridad del derecho del dominio directo, no bastaría á impedir que en su perjuicio resultara en definitiva la improductibilidad ó disminución de productos derivada de la imposición de servidumbres ó cargas sobre la finca enfitéutica; porque aun cuando és-

tas no hubiesen de prevalecer contra el dueño directo que no las hubiese autorizado, no podría éste, sin embargo, repetir contra el dueño útil para restablecer las cosas á su primitivo estado, si en principio, al menos, se le reconocía con derecho para la imposición de aquellas cargas por cuyos efectos perjudiciales se viera el dueño directo en la precisión de hacerlas desaparecer.

Recuérdese con este motivo la prohibición que en igual sentido consigna también el Código por su art. 596 para que, tratándose del dominio dividido, no quepa, sin consentimiento de ambos dueños, establecer servidumbre voluntaria perpetua, ó la de naturaleza real, según el artículo 1.463 del Proyecto, y se comprenderá desde luego que dicha doctrina general, referente al censo enfitéutico, debía ser afirmada con mayor motivo tratándose de aquel en que la pensión consista en alguna parte alícuota de los frutos de la finca. En estos casos, la disminución de los productos afecta necesaria é inmediatamente á la prestación ó pensión del censo, siendo así que en los demás, ya consista ésta en dinero ó en cantidad determinada de frutos, existe cierta relativa independencia entre la utilidad de la prestación censual y la productibilidad del predio, la cual sólo de modo eventual y mediato, como en caso de reversión por comiso, abandono ú otra causa cualquiera, podría resultar perjudicial á los derechos del dominio primitivo.

Ciertamente que aun en las indicadas circunstancias en que la obligación del enfiteuta al pago de la pensión puede y debe hacerse efectiva con entera independencia de la productibilidad de la finca, podría resultar perjudicado el señor ó dueño directo, por la imposición de servidumbres ó cargas sin su consentimiento, en lo referente á la percepción del laudemio ó ejercicio de otros derechos que se hubiera reservado; pero su defensa en tales casos ya resulta propiamente de lo prevenido en el mencionado

artículo 596 del Código, que le pone á cubierto de los derechos reales de causa perpetua capaces de alterar, como las servidumbres reales, la integridad del derecho de propiedad sobre los bienes inmuebles, pues las servidumbres de carácter personal y asimismo las cargas ó gravámenes (susceptibles éstos, según su clase y circunstancias, de redención, tanteo ó retracto) sólo pueden influir transitoria y eventualmente, aun cuando sea dejando aparte la latitud que permiten en la forma de la enajenación para evitar menoscabos en los derechos del dominio directo, y no es, por consiguiente, absolutamente indispensable privar al enfiteuta, que es al fin el verdadero dueño, de cierta libertad en cuanto al establecimiento de dichas clases de derechos de propiedad que sólo hubieran de afectar á los del señor directo, en el caso eventual también de la enajenación de la finca.

Artículo 1.635.—Suprimido resulta en el Proyecto el contenido de este artículo del Código. Destinado, al parecer, á fijar la acción *libre* del enfiteuta para disponer de la finca acensuada con sólo ponerlo en conocimiento del censualista ó dueño directo, no se descubre fácilmente la razón de presentar con carácter limitado á las donaciones y permutas semejante facultad del censuario ó enfiteuta. Como no es posible considerar, en oposición con lo dispuesto por el art. 1.633, que dicha libertad del enfiteuta pueda servir para perturbar con ocasión de donación ó permuta de la finca los derechos del dueño directo, toda vez que, cualquiera que sea la referida libertad, sólo ha de poder ser utilizada en los límites del propio derecho que al enfiteuta corresponda, no parece natural, ni mucho menos correcto, que se contraiga dicha libertad á relaciones jurídicas determinadas, como la donación ó la permuta, cuando después de todo se concretan únicamente á la venta y dación en pago, por el art. 1.636, los actos de transmisión que por el tanteo, ó el retracto en su caso,

pueden conducir á que termine ó desaparezca la división del dominio. Siendo como son determinados estos últimos, ninguna necesidad requería determinación en los primeros. Si el ejercicio de aquellos derechos susceptibles de provocar una especie de consolidación de la propiedad no puede extenderse á otras enajenaciones que las que revistan los caracteres de la venta ó dación en pago, ¿por qué no ha de reconocerse la libertad del enfiteuta en los demás actos de transmisión de su respectivo dominio? ¿Ha querido suponer el Código que no tratándose de permuta ó donación carece de libertad el enfiteuta? No consideramos que este haya sido el propósito del legislador, cuando ha dejado de señalar en qué habrían de consistir las restricciones, siempre que no se tratase de venta ó de dación en pago; y entendiendo, por lo mismo, que el criterio del Código es en el fondo general, para que el enfiteuta pueda proceder libremente en todos los demás actos de transferencia, he considerado innecesario lo dispuesto en el artículo 1.635, y más conveniente suprimirlo, así para no dar pretexto á suponer restricciones que no existen, como porque al fin basta para defender todas las indispensables con las disposiciones especiales que las regulan, según sucede, en sus casos respectivos, por los mencionados artículos 596, 1.634, 1.636 y los demás que acerca de ciertos actos jurídicos se comprenden en el Código.

Artículo 1.636. — De notoria trascendencia, aunque siempre delicada, es la materia de este artículo. Aunque ya más adelante habré de hacer algunas indicaciones acerca del criterio relativo á los derechos de tanteo y de retracto, como su referencia en este artículo se limita á establecer de un modo general la facultad de utilizarlos, y esto con carácter de reciprocidad, en favor de cualquiera de ambos dueños, no aparece en el Proyecto innovación alguna acerca de la doctrina consignada por el Código en dicho precepto legal. No obstante las vicisitu-

des que presenta nuestra legislación en lo tocante á los referidos derechos, más bien de carácter señorial y concerniente al tanteo en un principio, que encaminados á facilitar la unificación del derecho de propiedad para la apetecida libertad de ésta mediante la cesación del gravamen por la consolidación del dominio, puede decirse que este objetivo, más adecuado á las tendencias jurídicas de los tiempos modernos, ha servido, no sólo para extender su eficacia afirmando su reciprocidad, sino también para mantenerla constantemente, á pesar de llevar consigo el retracto un principio en cierto modo perturbador, como susceptible de destruir ó resolver relaciones jurídicas legítimamente establecidas.

He aquí un fenómeno jurídico que, si tiene su explicación y su valor histórico, difícilmente ha de resistir á un atento examen inspirado en rectos principios, pues siempre ha de ser cosa grave en derecho erigir al capricho en causa resolutoria de las enajenaciones verificadas por aquel á quien legítimamente pertenece el dominio de la cosa enajenada. No basta considerar que al fin recae dicha facultad resolutoria en quienes tienen también la condición de dueños por razón del dominio dividido. Si esta circunstancia, como cualquier otra, según sucede igualmente entre comuneros, puede, por la especialidad de su régimen, servir de base para relaciones capaces de conducir á aquella unificación tan conveniente para la libertad de las propiedades; si en tal sentido puede permitir la realización de un fin de notorio interés social, es preciso no olvidar que nada de esto se opone á la necesidad de defender en el derecho los actos cuya validez descansa en la facultad reconocida para su realización. Enhorabuena que, guiándose por tendencias previsoras, traten las leyes de concertar los intereses individuales y sociales exigiendo, en atención á los vínculos jurídicos consiguientes á la comunidad ó á la división del dominio, ciertos requi-

sitos para la realización de determinados actos y consignando al efecto derechos que, como el tanteo, aun cuando resulten restrictivos para proceder, no envuelvan la destrucción de lo que se haya verificado con sujeción y al amparo de las leyes. Realizar un fin de interés público sin lastimar ningún interés privado, franquear á la propiedad la transición del estado de gravamen al de verdadera libertad, será indudablemente un progreso de conveniencia y de justicia, siempre que para ello no sea preciso autorizar la destrucción. Criterio es este que, aunque sirva para recomendar el tanteo, no puede apoyar el retracto con el carácter independiente ó casi absoluto que ha tenido y conserva en nuestro derecho, aun después del Código Civil.

Por esto hacía presente, hace poco, que á mi juicio es indispensable la reforma en este punto, si bien no tanto, según se ve, en lo relativo á la naturaleza especial de cada uno de dichos derechos como en lo referente al ejercicio correspondiente al segundo de los mismos. Y como de este particular se ocupan los artículos siguientes, al tratar de ellos será ocasión más oportuna de señalar ó puntualizar la indicada reforma.

Artículo 1.637.—Escasas son ciertamente las diferencias que se observan entre este artículo del Código y el 1.522 del Proyecto. Redúcense á precisar su inteligencia, así en cuanto á los actos para que no quepa el suponer aplicable su doctrina á toda enajenación, como en lo relativo á las personas para que la designación de condueño, empleada por el Código, no se preste á suponer la necesidad de propiedad común ó de verdadero condominio.

No hay que confundir la división con la comunión en el dominio. Si la primera es fuente de formas distintas del dominio, la segunda sólo muestra variedad en las personas á que un mismo dominio corresponde. Así en el

condominio ó entre condueños hay unidad en el dominio y, por el contrario, es éste vario ó distinto en la división que origina la enfiteusis.

La sola redacción del mencionado artículo del Proyecto revela desde luego la facilidad de salvar dichas aclaraciones, ya que en el fondo se limita á trasladar el contenido de su correspondiente en el Código.

Artículos 1.638 y 1.639. — Este es precisamente el precepto acerca del cual se hace indispensable la reforma anteriormente señalada. Por él se ha mantenido en nuestra legislación la completa independencia entre el derecho de tanteo y el derecho de retracto. Mas no porque su naturaleza sea distinta es preciso autorizarlos sin relación en su ejercicio. La necesidad del retracto sólo es justa cuando el tanteo no haya podido utilizarse, mejor dicho, como sanción de la circunstancia de haberse prescindido, en la enajenación, de los requisitos previos y necesarios para el ejercicio del tanteo. De otro modo, el retracto no puede menos de resultar odioso como expresión de un medio por el cual puede deshacer, sin indemnización para el adquirente, la misma enajenación que declara procedente el artículo anterior. Para esto casi sería preferible no permitirla, estableciendo, como sanción del hecho de haber imposibilitado el tanteo, la nulidad de la enajenación; pues aunque siempre sea cosa grave proclamar la nulidad, es menester no olvidar que aún más grave ha de ser autorizar la anulación por obra de mera conveniencia particular y sin defensa alguna por parte del adquirente, á quien la ley le dice que está facultado para interesarse legítimamente en la enajenación.

El retracto sin motivo ni otro fundamento que el capricho de quien lo utilice, al punto de poder dejar de aprovechar el tanteo, expone, no sólo á que resulten amparadas combinaciones dolorosas que quizás sean también fraudulentas, sino á que se cercene innecesariamente la

libre contratación, cuyos gastos así previos como coetáneos á su formalización, quedan enteramente desatendidos y desprovistos, por tanto, de indemnización ni respeto al enajenante, ni tampoco respecto al adquirente, desde el momento que el retracto, por su especial naturaleza jurídica, no consiste en la mera subrogación de un comprador por otro, dejando á salvo el acto de la enajenación, y por lo mismo sus condiciones, sino en la formalización de una nueva adquisición resolutoria de la anterior y sin otra exigencia que la de utilizarla por igual precio.

Aunque el Código pudiera hacer creer otra cosa en atención á lo dispuesto por el art. 1.521 respecto al retracto legal, al que caracteriza expresamente por la subrogación, hay que observar, no obstante, que ni es este el criterio de los artículos 1.637 y siguientes, según los cuales puede el retrayente adquirir la finca por el precio de la enajenación sin que la ley exija que acepte ó se comprometa á admitir las demás condiciones estipuladas en el contrato que el retracto desvirtúa, ni fué tampoco el que ha sustentado constantemente nuestro derecho en materia de enfiteusis, para que por el tanto también, ó sea por igual precio, pueda el dueño directo ó el enfiteuta, en su caso, verificar la adquisición del dominio enajenado.

No es esta la ocasión oportuna de considerar el acierto ó el error del legislador al calificar de subrogación el llamado retracto legal. Basta, por lo pronto, hacer presente que, lejos de emplear semejante calificación al ocuparse del retracto tratándose de los censos, solamente en la condición del precio hace descansar la eficacia de aquel derecho.

Demasiado se comprende que de otro modo cabría fácilmente substraerse al objeto de la ley. Podrían ser tales las condiciones, y señaladamente las de carácter esencial-

mente personal, como la de realizar alguna obra de arte ó prestar determinados servicios, que fuese absolutamente imposible la subrogación prevenida, siempre que de ella hubiese de depender la eficacia del retracto. Por esto no puedo menos de considerar, así por los propios términos del Código al ocuparse de los censos, como por los precedentes del mencionado derecho, que el retracto á que hace referencia el artículo de que me estoy ocupando unifica, por decirlo así, en la condición del precio la materia de las relaciones entre el que enajena y el que adquiere, tanto para que por dicha condición gradúen su respectivo interés acerca de cualquier otra que entre ellos pudiera ser objeto de estipulación particular, como para evitar de este modo que se eludan las restricciones consiguientes al estado que en la propiedad origina el dominio dividido. Al fin nada se opone á que en lugar de distribuir los contratantes el interés de cada uno por medio de condiciones diversas que ramifiquen en cierto modo el acto de la enajenación, contraigan, por el contrario, en la destinada á la fijación del precio cuanto constituya estimación ó valor de cualquiera condición en que tengan interés; pues semejante modalidad, por la cual se simplifica y concreta la utilidad de los contratantes, es indudablemente la que más se acomoda al caso en que éstos no se hallan expuestos á la necesidad de dar á conocer, en atención al derecho de un tercero, cuál sea su utilidad en la enajenación que intenten ó hayan verificado.

La libertad en la forma de la contratación es y puede ser completa cuando su trascendencia queda reducida únicamente á los mismos que contratan. Mas cuando puede ó ha de servir de regulador para el ejercicio de los derechos de tercero; cuando, en una palabra, aquella forma debe corresponder á lo que resulte indispensable de semejante ejercicio, en atención á los vínculos jurídicos

que existan creados respecto á la cosa ú objeto de la enajenación, necesariamente dicha forma ha de traducirse en restricción de aquella libertad, que, en el caso de que se trata, si es absoluta para la fijación del precio, aparece limitada por la exigencia de que en su cuantía se refleje todo el interés de los contratantes en la enajenación. Así se conciertan perfectamente la utilidad del que enajena y el derecho del que retrae, sin que la naturaleza del retracto, y por mejor decir su eficacia, dependa de la subrogación ni dejen de tener la debida independencia el acto de enajenar y el acto de retraer.

Pues bien; en este sentido el retracto, autorizado como un derecho más y separado absolutamente del tanteo para poderlo utilizar, háyase ó no podido hacer uso de este último, reviste, como decía, una restricción ó exigencia legal tan innecesaria como infundada, que ni puede evitarse mediante el cumplimiento de formalidades previas, ni conduce á otro resultado que á la destrucción de actos legítimos sin causa que lo haga indispensable, ni atiende siquiera á los gastos ú otros pagos derivados de su preparación y por cuya importancia, sin duda, el mismo Código los considera (artículos 1.518 y 1.525) en el retracto convencional y el legal.

En este punto el Código ni aun ha descansado en los efectos de la subrogación. Ha creído necesario hacer objeto de disposición especial aquellos gastos ú otros pagos, y desde luego se comprende que no han de ser menos interesantes ni menos dignos de consideración y amparo de la ley si han tenido lugar con motivo de enajenación ó adquisición de alguna finca enfitéutica.

Así, pues, ni es preciso desnaturalizar el retracto para convertirlo en una subrogación, ni desatender los fines á que responde, ni desamparar su correspondiente eficacia, ni comprometer la contratación, ni exponer á los interesados á combinaciones más ó menos perturbadoras de sus

derechos. Para no prescindir de justicia en todo esto, basta á mi entender con privar al retracto de su carácter arbitrario, manteniéndolo como sanción de un derecho para no llegar á la nulidad de un acto, en lugar de reconocerlo como derecho distinto y enteramente independiente del tanteo. Relacionarlo con éste para que su uso dependa de circunstancias que hayan imposibilitado utilizar el tanteo ó utilizarlo en idénticas condiciones á aquellas bajo las cuales el retracto se ejercite, es la reforma que aparece por lo prevenido en el art. 1.523 del Proyecto, que no sólo atiende al caso de no haberse dado el aviso previo para el tanteo (art. 1.639 del Código), sino también á aquel en que la enajenación se verifique por precio distinto del declarado en el aviso referido. Aunque esta última circunstancia debiera estimarse como comprendida en la falta del aviso, es preferible, no obstante, para evitar cuestiones, ocuparse de ella separada y expresamente.

El Código no ha podido menos de tener presente la necesidad de impedir que sin el aviso previo para el tanteo se realicen las enajenaciones voluntarias de fincas enfitéuticas. Estimando, al efecto, la necesidad de una sanción contra semejante medio de eludir indirectamente los derechos del dueño directo ó del enfiteuta en su caso, la ha buscado en lo que podría llamarse la prórroga del retracto, más bien que en la determinación ó autorización para el ejercicio de este derecho. Según él, háyase ó no dado el aviso, es procedente el retracto, menos duradero en el primer caso (art. 1.638) y más prolongado ó diferido hasta un año, contando desde la inscripción en el Registro, en el segundo (art. 1.639). En cambio, según el proyecto (el referido art. 1.523), dependiendo el retracto en todo caso de circunstancias en cierto modo culpables, así del que enajena como del que verifica la adquisición, tiene un término uniforme, determina éste por la referida inscripción de la enajenación y surge como medio

defensivo, y de consiguiente necesario para que los propios fines del tanteo se realicen sin menoscabo alguno que no reconozca por causa la culpa ó negligencia, del que resulte perjudicado, antes, al tiempo ó después de la enajenación de que se trate.

De este modo ni son precisas las salvedades á que hacen referencia los últimos párrafos de dicho art. 1.638, ni las distinciones relativas á si ha habido ó no ocultación de la escritura de venta, ni el establecimiento de presunciones que difícilmente llenan el objeto que se proponen, ni la autorización para pruebas que sólo han de servir para complicar dichos asuntos, enojosos de por sí á causa de la incertidumbre que originan en los derechos adquiridos en virtud de acto legítimo ó enajenación autorizada, y más enojosos aún como destinados á amparar únicamente el ejercicio de la arbitrariedad ó del capricho en el derecho, en una palabra, la facultad de retraer sólo por haber tenido á bien no utilizar el tanteo cuando pudo haberse hecho. Cualquiera diría al enterarse de los referidos términos del mencionado art. 1.638, que más bien lo inspiraba el deseo de promover la inmediata inscripción de la escritura á que se refiere, que el interés de garantizar un derecho fundado en alguna necesidad individual ó social; y sin embargo, nada más justo, por no decir indispensable, que la aclaración de si existe ó no semejante necesidad cuando, como sucede en el retracto, se trata de provocar una situación en la cual el adquirente haya de verse obligado á enajenar lo adquirido sólo porque se le restituya el precio que hubiese satisfecho.

Considérense las complicaciones, las incertidumbres y además los perjuicios que es capaz de producir dicho retracto arbitrario. Y después de todo ¿para qué? Para facultar durante nueve días á que se deshaga una venta, siendo así que se ha dispuesto de veinte para impedir que se realice, que no es indispensable convocar al retrayente

para el acto del otorgamiento de la escritura, ni darle noticia siquiera de la fecha y lugar en que haya de otorgarse, ni de cualquiera otra circunstancia que pudiera advertirle oportunamente, no obstante la brevedad de aquel término, del momento en que haya de promoverse la mencionada inscripción. ¿Es esto verdadera garantía, ó sólo afán de mantener un criterio histórico que, sin objetivo útil, sirva únicamente para crear una situación perentoria durante un breve plazo y susceptible de anular los efectos de una relación autorizada?

Suponed que el que no ha querido utilizar el tanteo cuando pudo hacerlo sin perjuicio para nadie, ha de convertirse después en vigilante solícito para destruir lo que pudo haber evitado; y á pesar de no poder conocer el lugar y fecha del otorgamiento desde el cual ha de contarse dicho plazo perentorio, es realmente un fundamento mezquino y propiamente ilusorio para sustentar todavía la posibilidad de ejercitar el retracto sin culpa ó negligencia que le sirva de motivo. El retracto infundado debe ceder ya su puesto al retracto motivado. Aquél, exento de toda relación con el tanteo, debe también convertirse en dependiente de éste; y esto es precisamente lo que lógicamente corresponde en un buen orden jurídico, para que ambos derechos aparezcan sólo como medios distintos de realizar iguales fines, según que sea ó no indispensable conseguirlos antes ó después de la enajenación de que se trate.

Con este objeto formula resueltamente la indicada reforma el art. 1.523 del Proyecto, unificando la doctrina de los dos artículos 1.638 y 1.639 del Código, ateniéndose principalmente á lo mismo establecido en este último precepto.

Artículo 1.640.—Tanta y quizás aún mayor es la importancia de la reforma que plantea lo prevenido en el 1.524 del Proyecto. Disponer, como hace el Código, que en las

ventas judiciales de fincas enfitéuticas dependa el uso del derecho de tanteo del precio que sirva de tipo para la subasta, equivale á desnaturalizar semejante derecho, atribuyéndole un alcance que no tiene ni puede tener, si los fines á que responde han de ser realizados sin causar daño al derecho del que vende ó da en pago su respectivo dominio.

El carácter necésario de la enajenación en nada se opone al perfecto derecho á obtener por ella el precio que en el mercado pueda merecer la finca. Este derecho corresponde de igual manera al que enajena que á sus acreedores ú otros interesados en el precio de la misma.

Después de todo, la venta forzosa sólo sirve, independientemente del momento ú oportunidad para su realización, para sustituir por la intervención del mercado público la elección de la voluntad en las disposiciones privadas. Pero ya sean aquél, ya éstas, los elementos llamados á decidir en la fijación del precio, siempre es indispensable que éste exista para que se trate de enajenación positiva, ya concertada ó ya ultimada, como lo es también que haya en algunas de estas formas verdadera enajenación para que puedan ser procedentes los derechos de tanteo ó de retracto en sus casos respectivos.

No parece sino que la simple fijación de tipo para la subasta, en las ventas judiciales, constituya desde luego verdadera enajenación, en una palabra, que ésta se convierta ó se confunda en lo que sólo sirve para su preparación. ¿Se ha creído, por ventura, que aquel tipo constituye propiamente un máximun sólo susceptible de disminución por el remate? ¿Se ha olvidado, quizás, que hay ventas judiciales en las cuales dicho tipo es solamente susceptible de aumento, y que en todas es posible y aun se busca que el precio que se obtenga lo rebase ó sobrepuje? Á estas y otras consideraciones se presta fácilmente el referido contenido del artículo del Código de que me

estoy ocupando, pues parece increíble, que olvidando tan elementales circunstancias, se haya llegado al extremo de trastornar dos instituciones tan importantes como la del derecho de tanteo y la de las subastas ó ventas judiciales.

Que haya tanteo sin enajenación y que puedan imposibilitarse las subastas ó ventas judiciales mediante el uso del llamado tanteo, son consecuencias que se derivan de la mencionada doctrina del Código, por la cual se toma el tipo para subasta por sinónimo de precio de una enajenación. En este punto, la referida innovación del Código, además de ser trascendental, es completamente contraria á nuestro derecho histórico. Ajustándose éste á los rectos principios que informan en justicia cada una de dichas instituciones, jamás pudo autorizar tanteo sin remate ó adjudicación en las ventas judiciales, en una palabra, sin la realización de una venta perfecta, aunque no consumada. La separación de estas dos situaciones jurídicas es bastante para que pueda comprenderse con claridad que el remate ó la adjudicación, en su caso, no pueden ser obstáculo para que aun en las ventas judiciales puedan resultar con la distinción debida el tanteo y el retracto, según se trate de la enajenación concertada ó formalizada tan sólo en el expediente judicial, ó de la consumada ó ultimada mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura.

De esta suerte, ni puede utilizarse ó hacerse imposible el trámite de la pública subasta, ni se hace indispensable prescindir del aviso previo para la formalización del ejercicio de aquellos derechos recíprocos.

La celebración de la subasta constituye una garantía para la determinación del precio, que ni puede suplirla la inteligencia ó acierto de los peritos, ni deja de ser de interés para cuantos tengan algún derecho respecto á la finca ó cosa objeto de la enajenación, ni deja tampoco de substraerse á los efectos de cualquiera combinación

abusiva en la fijación del tipo ó precio para el remate. Esa especie de concurso á que invita para la realización de la compra-venta implica un derecho que ni es incompatible ni debe serlo con el derecho de tanteo, al punto que de otro modo resultaría su ejercicio sin enajenación. Esta no existe por la sola fijación del tipo, puesto que ni el vendedor resulta con voluntad decidida á enajenar por él, ni excluye en las condiciones peculiares de la subasta las posturas superiores por las cuales llegue á fijarse el precio de la enajenación.

El precio para el remate no es el precio de la venta. Aquél es solamente el tipo susceptible de servir de base ó de preparación á la venta, pero que ha de completarse por la licitación, sin la cual la subasta pública desaparece, exponiendo á todos los interesados á contingencias capaces de poner en peligro la integridad de sus derechos. Es más; autorizándose también el retracto en dichas enajenaciones, con mayor motivo no puede haber obstáculo en que el tanteo igualmente haya de ser determinado según el precio obtenido ó que se obtenga en la subasta, en lugar de atenerse solamente al tipo por el cual se haya de subastar, pues precisamente dicha autorización revela con claridad que la circunstancia de ser pública la venta, ó de realizarse con la intervención judicial, no impide el ejercicio oportuno de aquellos derechos derivados del de propiedad inherente al gravamen de los censos enfitéuticos. Al fin, según antes indicaba, se deslindan perfectamente las dos situaciones que presenta la enajenación en forma judicial, ya se trate de la simplemente formalizada en el expediente por la aprobación del remate ó la adjudicación, ya de la consumada mediante la entrega de lo vendido y el otorgamiento de la correspondiente escritura. En ambos casos la enajenación, lejos de ser imaginaria, es positiva y hay por este solo hecho términos hábiles para tantear ó retraer con la oportunidad necesaria y

sin menoscabo de ningún derecho; pues no es de creer que cuando el Código autoriza el retracto y, por tanto, la adquisición después de otorgada la escritura, haya de regirse aquél por el mismo tipo que pudiera utilizarse para el tanteo, y no por el precio del remate ó adjudicación que motive la escritura de compra-venta.

Además ¿por qué prescindir del aviso previo en las enajenaciones referidas? ¿Hay que confundir la publicidad de la venta judicial con la comunicación indispensable entre el señor directo y el enfiteuta? ¿No es sabido que muchas veces se realizan dichas enajenaciones en lugar distinto de aquel en que radican las fincas, por la competencia que implica para seguir y ultimar el expediente judicial la clase de reclamación que dé origen á la venta? ¿Existe, por ventura, alguna contraposición que en semejantes casos haga innecesario ó incompatible el aviso, ó convierta á éste en un trámite capaz de dificultar la expedición en el curso del procedimiento ó sustanciación judicial? Ni lo uno, ni lo otro. Quizás podría considerarse esto último cuando, según sucede conforme al Código, fuese de justiprecio ó tipo para el remate lo que hubiera de regir para el tanteo, ya que de esta suerte podría creerse que la necesidad de practicar el aviso llegara á influir en la validez ó ineficacia del remate ó de la adjudicación. Pero mientras estos hechos se desenvuelvan con entera independencia de aquél y quepa, de consiguiente, ultimar con libertad el expediente judicial en lo relativo á la subasta ó venta de esta clase para llenar después aquel trámite referente á su ejecución, no puede haber en realidad obstáculo alguno para que se sustente la necesidad del aviso, que evita toda sorpresa y pone á cubierto de cualquier abuso que se intente aprovechando la ignorancia en que, por las circunstancias especiales de la enajenación, ó por mejor decir de la reclamación que la motive, se hallase el que estuviese asistido, en virtud

del censo, de derecho para ejercitar el tanteo y en su caso utilizar el retracto.

Fijado el precio por la subasta ó determinado por la adjudicación el importe de la venta, nada impide que en méritos del expediente judicial, ó en cualquier otra forma, se dé el aviso indispensable por las especiales condiciones del derecho dominical de cuya enajenación se trate; como que de esta manera se llega, por aquellos actos judiciales, á la misma situación de la venta simplemente concertada, sin necesidad de retardar ni menos comprometer la validez del procedimiento, y sin que deje de haber, para todos los interesados en la enajenación, garantías para conocer y hacer cumplir, en su caso, el objeto del aviso, si es que desean evitar las consecuencias ó efectos que derivan de la utilización del retracto. En este punto, la venta judicial no ha de diferir de las demás clases de enajenación. Sus diferencias, en lo tocante á la fijación del precio, en nada modifican lo conveniente al aviso; y como la publicidad de la venta judicial no es bastante para excusarlo y mucho menos para convertir en precio útil para el tanteo el mero tipo adoptado como base del remate, he considerado que la única circunstancia particular referente á dicho aviso en las ventas judiciales ha de consistir en que la necesidad de darlo, ó de motivar en otro caso el retracto, comience después del remate ó de la adjudicación, esto es, cuando haya venta y puedan, de consiguiente, así el tanteo como el retracto, ser utilizados en consideración á un precio determinado.

Artículo 1.641.—También este artículo del Código reclama su reforma ó modificación. Aun cuando se comprenda la bondad de la doctrina en que se inspira, no cabe sustentar su redacción en los términos que muestra su contenido. Nada más justo que, si se trata de una enajenación y ésta comprende varias fincas sujetas á un mismo censo, la utilización del tanteo y del retracto haya de ex-

tenderse á todas, en lugar de modificar la venta ejercitando sólo respecto de algunas, cualquiera de dichos derechos. Ninguno de éstos está destinado á alterar la utilidad derivada de la venta. Así hacen propiamente indispensable que dicha utilidad se circunscriba ó condense en el precio de la enajenación, como regulador por el cual ha de ser determinada la procedencia de aquéllos.

Pero si esto resulta, casi puede decirse ordinaria ó naturalmente, cuando se trata del censo en que exista unidad en la finca, en el censo y en la enajenación, no sucede lo mismo si, no obstante la unidad del censo, surge la variedad en cuanto á las fincas ó á la enajenación ó transferencia de las mismas.

Siendo varias las fincas, el mismo Código reconoce la necesidad de que estén sujetas á un mismo censo todas las que se enajenan. No hace preciso que la venta comprenda todas las sujetas á un mismo censo, pero sí que reunan, por lo menos, esta última condición todas las que sean objeto de la enajenación. Mas para que haya verdadera conjunción en el acto jurídico de la transferencia, para la debida procedencia de los derechos de tanteo y de retracto, es indispensable que dicha conjunción se determine igualmente unificando en el precio la utilidad de aquellas fincas respecto á las cuales haya de ejercitarse cualquiera de dichos derechos. De este modo la unidad de la enajenación no es mero resultado del acto por el cual se formalice, no descansa simplemente en un requisito externo, sino que, por el contrario, se sustenta en una condición esencial y, por decirlo así, interna de la enajenación, como es la fijación del precio que ha de servir de regulador siempre que se trate de la legitimidad ó procedencia del mencionado ejercicio. De sobra se comprende que fincas distintas sujetas á un mismo censo pueden ser enajenadas conjunta ó separadamente, así como que semejante conjunción puede ser exclusiva entre las

mismas ó común á ellas y á otras fincas libres ó sujetas á censo diferente. En cualquiera de estos casos (dicho artículo 1.641), habría enajenación de varias fincas sujetas á un mismo censo, y esto aun cuando fuesen distintos ó separados los actos en que se formalizase su enajenación.

¿Cabría, no obstante, en cualquiera de semejantes circunstancias el ejercicio de los derechos de tanteo ó de retracto? Necesariamente habría que distinguir, lo mismo para rechazar dicho ejercicio si en la referida conjunción se comprendieron, con las fincas sujetas á un mismo censo, otras fincas que no reuniesen esta condición, como para rechazarlo también si por dicho ejercicio hubiesen de adquirirse fincas ajenas ó independientes del censo que motivara el tanteo ó el retracto. Ni esto es conforme con la naturaleza de estos derechos, ni aquella conjunción puede servir de medio para impedir su utilización.

Aun cuando la conjunción en la venta dependa de la unificación de la utilidad por el precio, puesto que la simple unidad de acto no impide que resulten distintas las enajenaciones que tienen por objeto fincas diferentes con fijación de precio diverso, siempre se ofrece, con motivo de lo expuesto, el importante problema jurídico llamado á decidir si es ó no posible la enajenación de alguna finca enfitéutica por precio conjunto con otras fincas no sujetas al mismo censo. Y hago esta indicación porque, reconocida la procedencia y la reciprocidad de aquellos derechos como efectos de dicha clase de censo, no puede menos de considerarse contrario al mismo todo lo que de algún modo condujese á hacer imposible la efectividad de sus mencionados efectos jurídicos.

Fundado en análoga consideración hube ya de hacer presente antes, con ocasión de otro artículo, la necesidad de concretar, por medio de la condición destinada á fijar el precio, toda la utilidad de la enajenación; y claro es

que si semejante consideración ha de ser relativa al censo de que se trate para afectar únicamente á las fincas enfitéuticas, su extensión no puede rebasar los límites del censo respectivo y comprender, de consiguiente, más utilidad jurídica que la correspondiente á las fincas que al mismo censo estén sujetas.

Consecuencia forzosa de este criterio es que la enajenación conjunta, ó por un solo precio, de fincas enfitéuticas, solamente pueda verificarse entre aquellas que tienen conjunción en el censo y, por tanto, que aunque las fincas enfitéuticas puedan ser enajenadas separadamente fijando á cada una su precio, no pueden serlo conjuntamente con otras que no estén sujetas al mismo censo, ya sean libres ó sujetas á otro censo de clase igual ó distinta.

He aquí, á mi entender, el verdadero objetivo del artículo de que me estoy ocupando, por más que á simple vista parezca limitado á preceptuar la necesidad del tanteo ó retracto conjunto cuando se trate de utilizar en una enajenación que comprenda varias fincas sujetas al mismo censo, puesto que indudablemente parte ó ha de partir del supuesto de que la conjunción tenga lugar en el precio, y de que se realice entre fincas en que sea legítimamente posible, por no inutilizar ó servir de obstáculo á la efectividad de aquellos derechos derivados de la constitución del censo enfitéutico respectivo.

De otro modo, si los interesados fuesen árbitros de impedir el ejercicio de estos derechos mediante la venta conjunta de fincas enfitéuticas con otras que no lo sean, para dar lugar así á la falta de precio especial ó particular respecto de las sometidas al tanteo ó al retracto, desde luego se penetra el carácter precario que revestirán estos derechos permitiendo inutilizarlos por falta de garantías en los medios necesarios para su aprovechamiento.

mismas ó común á ellas y á otras fincas libres ó sujetas á censo diferente. En cualquiera de estos casos (dicho artículo 1.641), habría enajenación de varias fincas sujetas á un mismo censo, y esto aun cuando fuesen distintos ó separados los actos en que se formalizase su enajenación.

¿Cabría, no obstante, en cualquiera de semejantes circunstancias el ejercicio de los derechos de tanteo ó de retracto? Necesariamente habría que distinguir, lo mismo para rechazar dicho ejercicio si en la referida conjunción se comprendieron, con las fincas sujetas á un mismo censo, otras fincas que no reuniesen esta condición, como para rechazarlo también si por dicho ejercicio hubiesen de adquirirse fincas ajenas ó independientes del censo que motivara el tanteo ó el retracto. Ni esto es conforme con la naturaleza de estos derechos, ni aquella conjunción puede servir de medio para impedir su utilización.

Aun cuando la conjunción en la venta dependa de la unificación de la utilidad por el precio, puesto que la simple unidad de acto no impide que resulten distintas las enajenaciones que tienen por objeto fincas diferentes con fijación de precio diverso, siempre se ofrece, con motivo de lo expuesto, el importante problema jurídico llamado á decidir si es ó no posible la enajenación de alguna finca enfitéutica por precio conjunto con otras fincas no sujetas al mismo censo. Y hago esta indicación porque, reconocida la procedencia y la reciprocidad de aquellos derechos como efectos de dicha clase de censo, no puede menos de considerarse contrario al mismo todo lo que de algún modo condujese á hacer imposible la efectividad de sus mencionados efectos jurídicos.

Fundado en análoga consideración hube ya de hacer presente antes, con ocasión de otro artículo, la necesidad de concretar, por medio de la condición destinada á fijar el precio, toda la utilidad de la enajenación; y claro es

que si semejante consideración ha de ser relativa al censo de que se trate para afectar únicamente á las fincas enfitéuticas, su extensión no puede rebasar los límites del censo respectivo y comprender, de consiguiente, más utilidad jurídica que la correspondiente á las fincas que al mismo censo estén sujetas.

Consecuencia forzosa de este criterio es que la enajenación conjunta, ó por un solo precio, de fincas enfitéuticas, solamente pueda verificarse entre aquellas que tienen conjunción en el censo y, por tanto, que aunque las fincas enfitéuticas puedan ser enajenadas separadamente fijando á cada una su precio, no pueden serlo conjuntamente con otras que no estén sujetas al mismo censo, ya sean libres ó sujetas á otro censo de clase igual ó distinta.

He aquí, á mi entender, el verdadero objetivo del artículo de que me estoy ocupando, por más que á simple vista parezca limitado á preceptuar la necesidad del tanteo ó retracto conjunto cuando se trate de utilizar en una enajenación que comprenda varias fincas sujetas al mismo censo, puesto que indudablemente parte ó ha de partir del supuesto de que la conjunción tenga lugar en el precio, y de que se realice entre fincas en que sea legítimamente posible, por no inutilizar ó servir de obstáculo á la efectividad de aquellos derechos derivados de la constitución del censo enfitéutico respectivo.

De otro modo, si los interesados fuesen árbitros de impedir el ejercicio de estos derechos mediante la venta conjunta de fincas enfitéuticas con otras que no lo sean, para dar lugar así á la falta de precio especial ó particular respecto de las sometidas al tanteo ó al retracto, desde luego se penetra el carácter precario que revestirán estos derechos permitiendo inutilizarlos por falta de garantías en los medios necesarios para su aprovechamiento.

Indicado queda también, á este propósito, que ni el tanteo ni el retracto tienen por objeto desnaturalizar la venta, para fijar por apreciación precio distinto del que la misma determina; y desde luego se nota que á semejante extremo sería preciso acudir, si cupiera acumular en un precio la utilidad de fincas sometidas á tales derechos con la de otras no sometidas á los mismos. Por esto no puedo menos de considerar que las expresadas restricciones para la enajenación de fincas censidas, derivadas de los efectos especiales reconocidos al censo enfitéutico, son inherentes á las disposiciones que lo regulan y constituyen, por lo mismo, un supuesto necesario, entre otros artículos, del de que ahora me ocupo, por no poder admitir que el Código declare derechos susceptibles de ser desvirtuados precisamente por los propios medios indispensables para su realización. De otra manera, es bien seguro que el Código no habría dejado de consignar dichos supuestos en forma de expresa restricción ó prohibición, respecto á la facultad y requisitos para la enajenación de dicha clase de fincas, ya que la naturaleza de su condición de fincas censidas ó acensuadas impone á sus propietarios el respeto á los derechos que de la misma derivan y la necesidad consiguiente de abstenerse de medios que los desvirtúen ó los hagan imposibles.

Mas ya que el Código haya optado por este criterio fundado en la naturaleza jurídica de dicha institución, conviene para mayor claridad que no deje duda en lo referente á la conjunción necesaria acerca del precio, según aparece en el art. 1.526 del Proyecto, así para fijar como materia del precepto legal, de que me ocupo, las enajenaciones en que concurra la referida conjunción, como para evitar que pudiera creerse que sea también preciso tantear ó retraer todas las fincas sujetas á un mismo censo, vendidas por una sola escritura, aun cuando cada una se enajene por un precio diferente. En estos

casos, la unidad de acto no impide que la diversidad de precios lleve consigo variedad en la enajenación, pudiendo éstas reputarse tantas como fincas se enajenen por precio distinto. Esta circunstancia es propiamente la característica de la singularidad de la transferencia, la cual puede dar lugar al ejercicio separado de aquellos derechos aun tratándose de fincas vendidas por una misma escritura ó á una sola persona mediante escrituras diversas, porque al fin en cualquiera de estos casos resulta que la variedad de fincas enajenadas, cada una por su precio, muestra separadamente la utilidad de cada una como corresponde para el posible ejercicio de los derechos referidos. Así, pues, sólo la conjunción en el precio puede conferir unidad interna ó esencial á la enajenación é implicar, en su consecuencia, la necesidad de tantear ó retraer conjuntamente según se previene en el mencionado artículo, siendo por lo mismo indispensable la reforma que á este efecto establece el art. 1.526 del Proyecto, sin la cual cabría intentar la aplicación de lo dispuesto en el Código á casos que no se ajustan ciertamente á la debida doctrina de los derechos á que hace referencia.

Artículo 1.642.—Antes de tratar del contenido de este artículo del Código conviene observar lo consignado por el art. 1.525 del Proyecto. Tradúcese por éste en precepto aquella necesidad, indicada con ocasión del artículo anterior, de regular la conjunción jurídica según sean las fincas ó el dominio directo de las mismas, lo que se intenta enajenar, cuando todas se hallen sujetas al mismo censo enfitéutico. Por más que ni en uno ni otro caso quepa la conjunción con otros bienes, era menester señalar además la diferencia, según sean las fincas ó el señorío el objeto de la enajenación. Este, á distinción de aquéllas, es indivisible con ralación al censo que lo motiva. Desprenderse del dominio directo sólo respecto de algunas

de las fincas en que se cifra la utilidad del censo, equivaldría á desnaturalizar este gravamen, por provocar su forzosa división. No así cuando sólo se trata de la enajenación de las fincas. Representando éstas la variedad en la unidad del censo, la enajenación conjunta de algunas sin comprenderlas todas, no sólo no altera dicha unidad, sino que limita su trascendencia á la posibilidad del ejercicio de aquellos derechos de tanteo ó de retracto.

Esta posibilidad, sin menoscabo del censo, permite en la transferencia de las fincas lo que no cabría en la enajenación del señorío ó su dominio directo. Para esto es indispensable que la transferencia alcance á todos los bienes sujetos al mismo censo; como que, si bien se considera, se observa desde luego que lo que realmente se enajena, al hacerlo del dominio directo, es precisamente el censo mismo, en una palabra, un derecho real ó cosa indispensable cuya enajenación sólo puede verificarse en las propias condiciones de su respectiva existencia, siendo así que, por el contrario, tratándose de las fincas, su enajenación puede ser conjunta ó separada, sin menoscabo del servicio ó utilidad que todas presten. Aunque estas indicaciones pueden considerarse suficientes para fiar su virtualidad al terreno de los principios, he creído, no obstante, conveniente traducirlas en preceptos, para evitar que, tratándose de derechos calificados de recíprocos, pudiera suponerse factible, en las enajenaciones del dominio directo, lo que lo fuese en las de las fincas ó dominio útil de las mismas.

Semejante división del dominio, directo ó útil, presenta todavía mayor complicación para el ejercicio de los referidos derechos derivados del enfiteusis, cuando pertenezca pro indiviso á varias personas alguno de los expresados dominios. Originando en tales circunstancias la proindivisión el retracto de comuneros, surge un motivo de orden que puede decirse regulado por el mencionado

artículo 1.642 del Código. En este punto, la solución legal había de ser distinta, no teniendo que estimar la prevenida por las leyes de la Novísima Recopilación (ley 8.ª, título XIII, libro X) entre el retracto de comuneros y el enfitéutico, ni hallándose sustentada en nuestro antiguo derecho la distinción que respecto á la naturaleza de uno y otro aparece según el Código. No es este el momento de ocuparse de dicha distinción que el Código presenta entre la subrogación del comprador y la nueva adquisición por igual precio. Unificada en este último concepto nuestra anterior legislación referente al aprovechamiento de los mencionados derechos (el tanteo y el retracto), échase de ver fácilmente el trabajo, más bien de la jurisprudencia que de la ley, y probablemente de importación extranjera, para cimentar en la subrogación de condiciones, muchas veces imposible, la exclusiva eficacia del retracto.

Lo correspondiente en este lugar es, ante todo, el orden ó preferencia legal para semejante ejercicio, entre los que pudieran ser llamados á él por causas tan diversas como la indivisión ó la enfiteusis. El Código se decide en pro de esta última, y sin embargo, entiendo que corresponde abogar por la primera.

No hay que olvidar que la proindivisión afecta esencialmente al régimen de la propiedad, y por consiguiente, más bien á la libertad del propietario que á la libertad del predio; puede decirse que, mediante la restricción de la primera, compromete ambas libertades. En el gravamen, por el contrario, aparece deslindada ó definida la utilidad jurídica en que consiste la afección ó derecho de propiedad que determina.

De esta suerte lo primordial, cuando se trata de unificar los derechos para favorecer la libertad, según prevenían nuestras antiguas leyes (Regla 1.ª, título 34, partida 7.ª), estriba en facilitar la singularización de la pro-

piedad respecto al sujeto, porque de este modo se acerca lo más posible al régimen libre característico de la propiedad individual, ya que al fin la separación resultante de la variedad de derecho real, por cuyo medio se determina alguna carga ó gravamen, no deja de acompañarse de la precisión y certidumbre consiguientes á la distinta utilidad jurídica de cualquiera de tales derechos restrictivos ó limitativos del dominio.

El interés público en pro de la libertad de los predios no es menor cuando cabe conseguirla facilitando, ante todo, por la singularización del derecho, la libertad del propietario. Si la unificación del derecho de propiedad se dirige á hacer desaparecer los gravámenes que la afectan, la singularización de aquel derecho se encamina á asegurar la libertad de su régimen.

Si lo primero procura predios libres, con lo segundo se obtienen predios libremente administrados. Por esto no puedo menos de considerar que en esta doble manifestación del interés público en pro de la libertad de la propiedad corresponde lugar preferente al retracto de comuneros, como aquel que más directamente puede sustituir el régimen común por el individual ó, mejor dicho, singular. En este sentido interesa más bien terminar la proindivisión que hacer cesar la enfiteusis; y de tal modo puede considerarse aclimatado en nuestras leyes el principio que inspira esta doctrina, que es sabido, y el mismo Código lo pone de manifiesto por su art. 400, que los copropietarios están facultados para hacer cesar en cualquier tiempo su respectiva comunidad; pudiendo decirse que ésta subsiste con carácter precario, siendo así que la enfiteusis corresponde á una causa perpetua, no obstante las modificaciones que en lo relativo á su posible redención se han introducido por el Código Civil. ¿A qué, pues, mantener causas precarias para la transformación obligada de la propiedad, á fin de convertir la común en sin-

gular, cuando este resultado puede alcanzarse por el medio del retracto? Individualizar por la división de los predios, tiene el grave inconveniente muchas veces de la necesidad de transformarlos, y lucha en muchas otras con la indivisibilidad de las cosas. En cambio, obtener la singularización por la unificación de los derechos, tiene la importante ventaja de respetar la integridad de los predios; y he aquí por qué indicaba que el retracto de comuneros debería ser preferente al enfitéutico, siempre que se trate de la enajenación de alguna participación en el dominio directo ó en el útil, cuando cualquiera de estas manifestaciones del dominio pertenezca pro indiviso á diferentes personas. Lo aconseja el interés público y en su pro aboga, no sólo nuestra tradición jurídica, sino la misma facilidad de conseguir el resultado propuesto, realizando la unificación en la esfera de los derechos para evitar ó limitar la división ó fraccionamiento de los predios.

Artículo 1.643.—La justicia de la doctrina de este artículo para dejar á salvo al enfiteuta el derecho de evicción si cumple las formalidades correspondientes, análogas á las del contrato de venta y demás enajenaciones con causa onerosa, no exigiría ciertamente modificación de lo dispuesto, si resultara claramente la necesidad de que la citación de evicción haya de practicarse en méritos del mismo juicio en que ésta se ejercite. Aunque la circunstancia de exigir dicha citación parece apoyar la idea de que este ha sido también el propósito del Código, podría originar dudas la referencia que contiene dicho artículo acerca de lo prevenido en el art. 1.481 del mismo cuerpo legal. Remitiéndose á lo prevenido en este último precepto, cabría considerar que basta la notificación de la demanda, judicial ó extrajudicialmente practicada. Para evitar, pues, que se confundan ó se reputen sinónimas dicha notificación y la citación, así como que quepa con-

siderar igualmente eficaces las dos referidas formas, de juicio y fuera de él, consigna expresamente el art. 1.528 del Proyecto la necesidad del trámite de citación y forma judicial como requisitos que, además de corresponder á la publicidad indispensable respecto al dueño directo ó persona á quien incumbe la defensa en el juicio, se acomodan también al deber de facilitar su legítima intervención sin citación ó reclamación del demandante, quien podría en cierto modo resistirla para exigir que el juicio se desarrollase en las condiciones por él mismo planteado, siempre que la ley no lo sometiera á desenvolverlo mediante dicha citación á instancia del demandado, como podría ocurrir si las funciones de éste sólo pudiesen conducir á hacer saber la demanda al dueño directo, limitándose, de consiguiente, á poner á éste en condiciones, no de intervenir y defenderse directamente en el juicio, sino sólo de procurar instrucciones al enfiteuta para facilitar á éste su misión en su respectiva defensa.

No basta asegurar el conocimiento de la demanda; es necesario también legitimar la intervención en el juicio, tratándose del que ha de acudir á él á instancia del demandado. Estos dos requisitos se consignan mediante la citación en méritos del mismo juicio, y esto es precisamente lo que propone el mencionado art. 1.528 del Proyecto, como reforma más bien de redacción que de concepto de lo dispuesto en el 1.643 del Código, facilitando de tal suerte completa claridad en lo que ha sido igualmente ánimo del legislador y que es indispensable no se preste á dudas é interpretaciones capciosas, ya que tiene por objeto sustentar la más natural y legítima garantía de las enajenaciones onerosas, así por el principio de que nadie debe enriquecerse en perjuicio de otro, como por el de que cada uno sólo puede legítimamente hacer uso del derecho que le pertenece.

Artículo 1.644.—Idéntico este precepto con el art. 1.529

del Proyecto, nada tendría que observar, no tratando de hacer comentario alguno, ni siquiera un trabajo de interpretación, si no fuese por la confirmación que la materia de este artículo ofrece á la doctrina antes expresada, con ocasión de otros artículos, de la necesidad de condensar propiamente en la condición relativa á la fijación del precio, toda la utilidad de la enajenación cuando se trata de la de alguna finca enfitéutica. La mayor parte de las relaciones que produce la enfiteusis entre el dueño directo y el útil, requieren semejante condición para conseguir francamente su respectiva eficacia; la cual, tratándose del laudemio, podría resultar igualmente comprometida, si aquella autoridad pudiera diluirse en la forma de otras condiciones compensatorias comprendidas en la misma enajenación. El mismo precio que ha de servir de base para la determinación del laudemio, ha de ser el regulador para el ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto, y desde luego se observa que ni cabe distinción en particular tan esencial de cualquiera enajenación, ni es posible prescindir de la necesidad de que las mismas circunstancias expresadas que requieren dicha condensación, por lo que hace referencia á los derechos de tanteo y retracto, la exijan igualmente para los efectos que al laudemio correspondan. Sin que pueda decirse que se intente sustituir por el precio real el convencional, restringiendo de esta suerte la libertad del enfiteuta, que es árbitro de enajenar por el precio que le convenga y de acudir, por consiguiente, con libertad al mercado, se procura, sin embargo, evitar que se desfigure la misma utilidad en que se cifra la convención ó enajenación de que se trate. La utilidad convencional no es incompatible con su concreta determinación, y este es precisamente el interés del precio en las referidas ventas, en las cuales la utilidad de los indicados derechos del señor directo ó del enfiteuta ha de regularse en proporción ó en relación de

la obtenida por éste ó recíprocamente, según se trate de laudemio ó de aquellos derechos recíprocos.

Artículo 1.650.—Hasta llegar al párrafo segundo de este artículo puede decirse que, desde el últimamente tratado, guardan completa conformidad el Código y el Proyecto. La misma, probablemente, habría también resultado en el artículo de que ahora me ocupo si el legislador se hubiera fijado en que los terceros interesados en el dominio útil, incurso en comiso, podían ser, no sólo acreedores de aquel á quien perteneciese dicho dominio, sino también los que en consideración al mismo tuviesen algún derecho real sobre la finca enfitéutica. Conocidas son, en este punto, las restricciones á que hacen referencia los artículos 596 y 1.633 y siguientes del Código; pero esas mismas disposiciones revelan la posibilidad de que el enfiteuta constituya derechos reales cuya virtualidad haya de depender de la subsistencia de su derecho, por el principio de que nadie puede conferir á otro más derecho que el que al mismo corresponde. En estos casos, la caducidad del dominio útil por causa del comiso arrastraría consigo la del derecho real por él cimentado, y es natural que cuando el Código ha procurado salvar los intereses de los acreedores del enfiteuta, se procure igualmente salvar la de los interesados en cualquier derecho real dependiente del referido dominio. No quiere esto decir que no pueda haber derechos reales, constituídos por el enfiteuta, que estén en condiciones de independencia ó sean capaces de subsistir, aunque por comiso llegue á caducar el derecho que al mismo corresponda. Precisamente el Código, en las disposiciones mencionadas, reconoce la posibilidad de constituir servidumbres y otros derechos reales con consentimiento del señor ó dueño directo de la finca. Pero ya se trate de los que puedan ser legítimamente constituídos sin necesidad de dicho consentimiento, ya de aquellos en que éste se preste, á con-

dición de que cesen por el comiso de dominio útil, la sola circunstancia de poder reflejar en ellos semejante caducidad del dominio en que descansan exige que, con mayor motivo que en pro de los acreedores, se atienda á tales derechos reales para poder afirmar su subsistencia mediante la redención del censo. Al fin, los acreedores del enfiteuta nada tienen que ver con la finca acensuada; se salvan sus intereses sólo en consideración al derecho de redimir, prorrogando en cierto modo su ejercicio. Pero en los propietarios ó tenedores de algún derecho real su relación jurídica es directa con la finca; en ésta estriba, precisamente, su utilidad; y si por no tener el dominio útil no pueden evitar el comiso, cabe, no obstante, que mediante la referida redención, en cierto modo subsidiaria, no hayan de sufrir forzosamente las consecuencias de una contingencia que no está en su mano evitar. De otra suerte, casi sería preferible que la ley impidiese al dueño útil toda constitución de derecho real que no fuera capaz de subsistir en caso de caducidad de aquel dominio; y si se ha considerado conveniente ó justo no restringir hasta este punto las facultades del dominio útil, no es menos equitativo buscar la conciliación de todos los intereses en la referida forma adoptada ya para los acreedores.

Artículo 1.652.—También el párrafo segundo de este artículo presenta alguna variante con el del art. 1.537 del Proyecto. El alcance, sin embargo, de semejante distinción lo considero solamente resultado de no haber fijado el Código, con ocasión de lo que dispone por su art. 1.623, la responsabilidad personal de las pensiones vencidas cuando en sus respectivos vencimientos hayan sido distintos los enfiteutas ó personas poseedoras de la finca acensuada. De otro modo, mediante este complemento que se comprende en el Proyecto, á buen seguro que al señalar la responsabilidad personal á que se refiere el ar-

tículo de que me estoy ocupando, no habría impuesto al enfiteuta la de las pensiones de que no fuera responsable á su respectivo vencimiento, toda vez que esta responsabilidad es la única que puede servir de principio para cuanto, tratándose de censos ó sus consecuencias, no haya de hacerse efectivo con la finca concedida para su constitución. En la finca, dentro de las condiciones peculiares al derecho real y los límites correspondientes á la prescripción de las pensiones, se comprende perfectamente la devolución ó virtualidad de alguna responsabilidad ajena; pero fuera de aquélla y por consiguiente en la esfera de los derechos personales, no es posible, sin alterar los principios que motivan su origen, referirlos á persona diferente de aquella en quien se haya determinado la causa originaria de la responsabilidad de que se trate. Por esto el Proyecto consigna que la responsabilidad del enfiteuta por pensiones vencidas y no prescritas, en caso de comiso ó de rescisión del contrato de enfiteusis, se extiende solamente á aquellas pensiones de las cuales, según las reglas establecidas, fuese el mismo responsable.

Sin esta salvedad fácilmente podría suceder que, por atenerse á la letra de la disposición del Código, se exigieran personalmente al enfiteuta todas las pensiones vencidas y no prescritas, atribuyendo á la acción personal, y además sin fundamento, un alcance de que sólo la acción real podría ser susceptible.

Artículo 1.654.—El contenido de este precepto no tiene análogo en el Proyecto. Aunque la disposición del Código es, en cierto modo, medida de carácter práctico, para no dejar duda alguna acerca del propósito decidido á prohibir las subenfiteusis para lo sucesivo, es lo cierto que una vez caracterizada la naturaleza jurídica del censo enfitéutico en los términos que comprende el art. 1.605 del Código ó en los del 1.491 del Proyecto, resulta propia-

mente innecesaria la referida disposición prohibitiva por falta de términos hábiles para que la subenfiteusis pueda corresponder á la naturaleza del enfiteusis.

Ya sea conforme al Código, ya con arreglo al Proyecto, esta institución censual sólo cabe mientras el dominio no se halle dividido. Originada por su establecimiento la división del dominio, desaparece la condición necesaria para la constitución de semejante censo, aunque sea en forma secundaria ó subsidiaria, como el llamado subenfiteusis. No hay ya quien pueda ceder el dominio útil con reserva del directo. El dueño directo carece del útil y no puede, por consiguiente, transmitir lo que no tiene. El dueño útil, por tener limitada su propiedad á este dominio, tampoco puede reservarse aquello de que carece.

¿Qué sería, pues, la subenfiteusis originada en dicha situación legal? Sería solamente el censo establecido por el dueño útil, pendiente de sus mismas condiciones y sin otra utilidad que la derivada del mismo. Pues bien, semejante situación sólo podría permitir el censo consignativo, que es por todo extremo distinto, como de nuda percepción, de cuanto haya de revestir caracteres de enfiteusis ó producir sus efectos.

No hay duda que esta doctrina debía haber bastado para rechazar en todo tiempo la subenfiteusis, que ni responde á los fines históricos del censo enfitéutico, ni puede ser objeto de pacto especial en el establecimiento de éste, mientras este mismo no se desnaturalice abdicando el estabilisista del dominio directo sobre la finca, ni puede conducir á otra cosa que al fraccionamiento del dominio útil, lo cual ha de contraponer, en todas ó casi todas las relaciones de ambos dominios, el interés del dueño directo y el del que haya constituído subenfiteusis, además de originar la anómala situación de un dominio útil sin posesión de la finca establecida. A pesar de estas dificultades, la costumbre, más que la legislación, se encargó,

no sólo de mantener, sino de generalizar la subenfiteusis en muchas localidades; pero es preciso reconocer que esto fué probablemente resultado de no haber precisado la ley, como ahora ha hecho el Código, el concepto jurídico del mencionado censo. Éste, que en cuanto á su naturaleza ó condiciones esenciales tiene hoy un valor legal, tenía antes solamente un apoyo doctrinal ó científico, no siempre bastante para vencer la confusión ó las preocupaciones de la vida práctica, mayormente si la solicita, como en esta institución, un interés fundado en la subdivisión ó fraccionamiento de las fincas acensuadas. Sólo así se comprende que la subenfiteusis haya conseguido gran arraigo y que, quizá por este mismo desarrollo, haya considerado el legislador insuficiente fiar á la virtualidad de los preceptos que definen el censo enfitéutico el propósito de poner término á la constitución futura de la llamada subenfiteusis. Sin embargo, como en realidad este obstáculo legal se ajusta á la referida doctrina jurídica que rechaza semejante institución, no puedo menos de considerar bastante la calificación expresada del censo enfitéutico para alcanzar la imposibilidad de que en lo sucesivo se convierta el dueño útil en estabiliente de dicha clase de censos, y mayormente cuando otra cosa, según sucede en el Código, parecería dar á entender que la subenfiteusis es posible, no obstante la naturaleza de la enfiteusis, y que no depende de ésta, sino de la prohibición expresa, la supresión ó imposibilidad legal de aquélla.

Otra cosa fuera si se hubiese tratado de hacer desaparecer la subenfiteusis, acabando de una vez con las hasta ahora establecidas; y no digo atribuyendo efecto retroactivo á la disposición, porque dada la falta de verdadera base jurídica ni aun en consideración al pacto de las subenfiteusis conocidas, la eficacia del precepto habría siempre hallado apoyo en la legalidad de la enfiteusis misma

y en la escasa precisión de la costumbre en este punto, en que parecía sustentarse la existencia del censo enfitéutico, no en la cesión del dominio útil, sino también en la transferencia conjunta del directo, cual si éste pudiera recaer en diversas personas en forma de orden ó serie distinta, y de consiguiente sin propiedad común ó proindivisión de su respectivo derecho. Varios, como se ve, habrían sido los fundamentos legales susceptibles de poner término á la situación de subenfiteusis anterior á la promulgación del Código; pero, por lo visto, el legislador ha preferido respetar aquella situación, tan anómala en principios como indeterminada en muchos casos, para lo cual basta el silencio que en este punto se observa en el Proyecto, toda vez que la supresión para lo sucesivo, objeto del artículo de que me ocupo, es ya consecuencia indeclinable de lo prevenido en otros, y la existencia y condiciones de las subenfiteusis anteriores han de continuar entregadas á las contingencias bajo las cuales resultan establecidas, y cuya manifestación está reservada á las circunstancias en que aparezcan contrapuestos los derechos del dueño directo y los del útil subestabiliente.

SECCIÓN SEGUNDA

De los foros y otros contratos análogos al de enfiteusis.

La institución forera, que tal desarrollo é importancia ha tenido y sigue teniendo en Asturias y Galicia, al punto de haber creado un estado de cosas que no han tenido decisión para resolver de modo definitivo ni los Gobiernos del régimen absoluto ni los de la época constitucional, presenta por estas mismas circunstancias el mero valor jurídico de un derecho indeterminado, que viene á ser más bien la expresión de un conflicto de especial importancia, á causa de la generalización del motivo á que

debe su origen, que la peculiar manifestación de una institución jurídica fundada en principios permanentes y necesarios para la existencia social.

Así se habla generalmente de los foros, y también de los que se designan con el nombre de otros contratos análogos, cual si el fundamento y modo de ser de unos y otros no trascendiese la esfera peculiar de la contratación y hubiera de quedar reducido su valor jurídico al propio de los derechos esencialmente personales, bajo el régimen consiguiente de la libre voluntad. Pero no porque éste haya sido en su origen la manifestación de aquellos derechos, ni porque en tal sentido el Código civil se ocupe de ellos al tratar de los contratos, cabe afirmar en absoluto que el alcance de los foros no sea, ni pueda ser, otro que el de semejantes instituciones de carácter personal, cimentadas exclusivamente en las cláusulas del establecimiento respectivo, para excluir en el forero todo derecho de verdadera propiedad y someter la condición del suyo á las cláusulas resolutorias y de reversión de los bienes de que disfrute á poder y discreción del estabiliente ó sus sucesores.

Bien se comprende que en tales condiciones las instituciones foreras no habrían conseguido el carácter de un derecho consuetudinario, ni habrían revestido condiciones de un conflicto de difícil solución, por luchar prácticamente aquel rigorismo jurídico de su peculiar origen con la tradición ó perpetuidad consentida de los derechos originados, ni habrían dejado de presentar constantemente el perfecto deslinde que existe siempre entre los derechos de propiedad y los especiales del dueño y aquellos que, aunque relativamente á bienes determinados, se encierran en los límites de las meras concesiones temporales de su dueño. No he de hacer, con este motivo, estudio alguno histórico respecto á las causas por las cuales la especie de perpetuidad conferida por la costumbre á aque-

llos derechos de origen temporal y precario, ha creado un estado que los mismos legisladores hubieron de reconocer, aplazándolo, por no alterar la solución que en rigor se mostraba como base de un conflicto social. Lo que estaba reducido al cumplimiento de contratos y reunía, por lo mismo, un carácter esencialmente particular ó privado, hubo de traducirse en un estado anormal de los mismos bienes, así respecto á los derechos del dueño primitivo, como á los de los que han pretendido obtener condiciones de perpetuidad para su uso y disfrute, revistiendo de esta suerte las formas del derecho de propiedad más que como expresión de alguna utilidad jurídica distinta de las conocidas en derecho, como consecuencia de la estabilidad conferida circunstancialmente á derechos originariamente transitorios.

No es posible forzar la naturaleza de las instituciones, aunque sea por causas eminentemente sociales, sin transformar su existencia jurídica y llevar al derecho la necesidad de reconocerlas, en la especialidad de su transformación, ó de admitir una anormalidad que sólo puede ser la expresión de un conflicto general y perpetuado. Al fin, los conflictos particulares se resuelven por las formas usuales de la legislación, que, en definitiva, alcanzan á producir hasta la caducidad de los derechos controvertidos. Mas cuando aquéllos se generalizan y, sobre todo, se mantienen por obra del propio legislador, aunque sea con reserva de resolverlos, el transcurso del tiempo, y además el hecho de buscar como obra de los poderes públicos, mediante la creación de un derecho especial, lo que debía ser solamente resultado de la acción del derecho común establecido, son agentes jurídicos que, según indicaba, no pueden menos de influir en la transformación de los derechos para dar lugar, en muchos casos, como en estos de que se trata, á que adquieran condiciones de reales ó de propiedad aquellos que en su origen fueran sola-

mente personales y limitados por los efectos de la mera contratación.

No importa, pues, que el Código califique á los foros de contratos, confundiendo la institución á que corresponden con la forma de su respectiva constitución. Algo análogo ocurre relativamente á los censos y, sin embargo, no por esto dejan de ser en el fondo una forma de verdadera propiedad ó una especialidad entre las utilidades jurídicas.

No importa tampoco que el foro resulte ser sólo una de las modalidades del censo y no haya de implicar, por lo mismo, novedad su institución como gravamen.

Lo que interesa, como en toda manifestación de derecho, es hacer desaparecer la incertidumbre, caracterizar con claridad y precisión á todo derecho, sea el que fuere, y no dar lugar, según sucede en el Código, á que para perpetuar una vez más la misma dificultad de mantener en el foro su rigorismo originario (el contrato), se le designe con esta calificación, no obstante tener que rectificarla en sus efectos, con los peculiares de los gravámenes de censo en el orden del derecho de propiedad. Es más: si este eclecticismo del Código es manifiesto respecto á los establecimientos foreros posteriores á la promulgación del Código, todavía es peor la indecisión que se observa en el mismo cuerpo legal, en lo que á la calificación de los de fecha anterior se refiere. En cuanto á éstos ¿cómo saber lo que es el foro? ¿Cómo conocer lo que entiende el Código por gravámenes de naturaleza análoga (arts. 1.611 y 1.655), si no se cuida de expresar en qué consiste precisamente la naturaleza del foro? Y nótese que si alguna institución lo necesitaba era señaladamente el foro, puesto que aclimatado en el derecho en forma consuetudinaria y representando solamente un conflicto aplazado con repetición, por no encontrar en la legislación más que el hecho de su reconocimiento en lu-

gar de la determinación de las condiciones características del derecho que origina, se descubre fácilmente la orfandad de disposiciones legales calificativas de semejante institución y á las cuales cupiera acudir, en defecto del Código mismo, al encontrarse con un derecho de mera referencia que, así antes como después del Código, carece de disposición legal característica de su naturaleza y sus efectos.

Bien puede decirse que, lo mismo antes que después del nuevo cuerpo legal, estamos sin saber lo que es foro, según las leyes, pudiendo añadirse también que por idéntica causa se ignora qué entiende el Código por gravámenes de naturaleza análoga á la del foro.

Por esto no puedo menos de considerar que, ó era indispensable prescindir de semejante institución, ó era necesario calificarla. Podría hacerse esto, con mayor ó menor acierto, elevando á norma legal el producto de la costumbre, ó transformando en reales, derechos originariamente personales, ó informando de otra suerte las prestaciones que los foros llevan consigo, señalando en su consecuencia sus causas (el uso ó el disfrute de los inmuebles) y sus efectos (característicos de un derecho de propiedad); pero lo que no cabe, en mi opinión, es que, no obstante remitir el valor jurídico de varios de los artículos del Código al concepto del foro y de los llamados gravámenes de naturaleza análoga, se guarde absoluto silencio acerca de los unos y los otros. ¿Qué importa que, como sucede, por ejemplo, en los que son objeto del artículo 1.655, se les atribuya los efectos del censo enfitéutico ó de los arrendamientos, según los casos, si al fin es indispensable que se trate de foros ó de dicha clase de gravámenes llamados análogos, que es precisamente aquello para lo cual no hay términos hábiles en el Código para tener de los mismos conocimiento legal? En cuanto á esto, ya se trate de establecimientos ó contratos, si se

quiere anteriores ó posteriores al Código, era menester, como decía, ó prescindir de semejantes instituciones, ó abordar el problema de su calificación, que al fin es asunto que necesariamente ha de quedar entregado al dominio de la ciencia cuando las leyes no se deciden á darle carta de naturaleza en los dominios del derecho positivo.

Por esto, lo primero que consigna el art. 1.553 del Proyecto es el concepto de esta clase de gravámenes ó derechos de propiedad como consistentes en la facultad de percibir alguna prestación anual por la concesión del goce ó uso de bienes raíces, circunstancias por las cuales y mediante la distinción de su duración definida ó indefinida, se ofrece cabal idea de dichas especies de derechos, que han de traducir sus efectos según los del censo enfitéutico ó los del arrendamiento. Así cabía que mediante dicha calificación, propiamente sustantiva, se señalará definitivamente la suerte legal de los referidos gravámenes constituídos con anterioridad á la promulgación del Código, puesto que independientemente del problema relativo á su redención, aplazado para ser objeto de ley especial, era preciso caracterizar entre tanto el derecho redimible, así para fijar su naturaleza, según se hace por el párrafo primero del art. 1.554 del Proyecto, como para señalar igualmente sus demás efectos y sus medios de justificación, á cuyos extremos hace referencia el párrafo segundo del mismo artículo é igualmente los artículos siguientes, que prohiben el comiso como consecuencia de la referida transformación jurídica, atribuída á los mencionados derechos ó gravámenes, así como el establecimiento de subforos, y salvan en estos puntos las disposiciones especiales del Código y de la ley de Enjuiciamiento civil á que se refiere el art. 1.557 del mencionado Proyecto.

CAPÍTULO III

Del censo consignativo.

Idénticos á los contenidos en el Código son los dos primeros artículos que acerca de este censo se comprenden en el Proyecto. No hay para qué exponer la causa de semejante identidad. Basta leer el contenido de dichas disposiciones, no teniendo estas observaciones carácter alguno de comentario. Pero, en cambio, no ha podido el Proyecto seguir la pauta del Código respecto á los siguientes artículos, dedicados al mismo censo.

Artículo 1.659.—Ocúpase éste del ejercicio de la acción real para obtener el pago de pensiones. La solución de dicho precepto en este punto es tan indeterminada como arbitraria. Por afán de atender, al parecer, á procurar la garantía del valor del capital del censo, se sacrifica la precisión indispensable acerca del derecho en cuya virtud se procede, que es principalmente la condición mediante la cual cabe obtener la expedición necesaria para la pronta eficacia de todo procedimiento ejecutorio. Comiénzase por hacer depender el derecho del censualista de la circunstancia eventual referente á la estimación de la finca acensuada en el momento de la reclamación, y esto no para definir desde luego la gestión que á aquél consienta su derecho, sino para plantear la necesidad de una liquidación encaminada á averiguar si dicha finca es ó no garantía suficiente, en los términos prevenidos por el mencionado artículo; y todo para entregar, en último término, á discreción ó elección del censatario el decidir si le conviene redimir ó completar la garantía, ó si opta por abandonar el resto de la finca á favor del censualista.

Estas últimas palabras, además, se prestan á marcada

confusión. Parece como que autorizan á fraccionar la finca objeto del censo, procediendo contra ella en la parte suficiente á cubrir las pensiones que motiven el procedimiento, para dejar que después se practique con el resto de la finca esa especie de opción á que se refieren las últimas palabras de dicho precepto legal. Aunque éste, en su primera parte, hable del resto del valor de la finca, en la última se refiere claramente al resto de la misma. Lo primero no exige que se altere la integridad del censo, ni, por consiguiente, la de la finca sobre que se halle establecido; pero lo último notoriamente revela que se trata del caso en que dicha integridad haya desaparecido, quedando en lugar de la finca sólo una parte, fracción ó resto de ella. ¿Cómo se quiere que en esta especie de carrera de obstáculos signifique algo útil la acción real á que el artículo hace referencia? Valorar la finca ante todo, liquidar, en vista de semejante valoración, la garantía necesaria para la subsistencia del censo, y acabar, para que si es desfavorable dicha liquidación, opte el censatario por cualquiera de los tres indicados extremos, y se consiga llegar, gracias á tal opción y demás trámites previos, al estado en que quede definida la acción del censualista para poder proceder con entera independencia á lo que según ella corresponda, equivale, según indicaba, á hacer propiamente ineficaz la referida acción, en cuyo ejercicio se dejan á disposición del censatario tantos medios de burlar ó inutilizar el derecho á aquél correspondiente.

Y por cierto que lo más raro en todo esto consiste en penetrar la causa que pueda haberse considerado fundamento para tanta y tan incierta traba. Ni es justo que se obligue á redimir á quien tiene finca de suficiente garantía, por más que ésta no alcance á una cuarta parte más del capital del censo, ni tampoco que en razón de una carga de esta naturaleza, siempre precisa y caracterizada

en finca determinada, se acoja su variada alteración mediante lo que se llama complemento de garantía, ó se exija el abandono del resto de finca, cual si cupiera, según decía. fraccionarla, para hacer efectivas las acciones del censo, y cual si no pudiera ser exigido el abandono de la totalidad de la finca, hablando, como habla la ley, sólo del resto de la misma.

Lo que se descubre en esto es precisamente la desnaturalización de la acción real producida por el censo. Lo prevenido en el Código equivale á disponer que la referida acción, para el pago de pensiones, no cabe contra la finca franqueando por su enajenación los medios de satisfacerlas, sino que sólo podrá conducir á que se obtenga la redención del censo, ó el complemento de garantía, ó el abandono si solamente quedara algún resto de la finca. ¿Qué puede haber aconsejado tan extrañas soluciones, y más aún si se considera que únicamente se autorizan después de aquellos trámites previos, que más bien podrían llamarse obstáculos de difícil remoción? ¿Será, por ventura, el llamado complemento de garantía la constitución de un nuevo censo?

Parece imposible que en asunto tan llano y tan sencillo como el de buscar, por la realización ó enajenación de los derechos del censatario, medios de cumplir sus compromisos desatendidos, se haya llegado al extremo de provocar la expresada complicación.

Después de todo, haya ó no haya censo, la realización de la finca del obligado es lo más expedito y lo más útil. Precisamente el derecho de propiedad originado por el censo deslinda perfectamente qué es lo que en las utilidades de la finca acensuada corresponde al censualista y qué constituye, de consiguiente, el derecho del censatario.

Pues si el derecho de éste es definido é independiente del de aquél y si se trata de hacer efectivas sus responsa-

bilidades, nada más fácil que autorizar resueltamente la enajenación de aquel derecho, en una palabra, de la finca con el censo, ó sin el censo, según se esté ó no en el período de su respectiva redención.

De este modo, ni es preciso desnaturalizar el censo, ni fraccionar la finca, ni constituir nuevo censo con el complemento de garantía, ni imponer al censatario la obligación de extender ésta á una cuarta parte más del valor asignado en la constitución del censo mismo, ni provocar su forzosa redención mientras ésta no corresponda, ni nada, en fin, para decirlo de una vez, que no sea el sencillo medio de realizar en sus propias condiciones el derecho de aquel por cuyas responsabilidades se proceda.

Esto es marcadamente lo que previene el art. 1.547 del Proyecto. Partiendo de que el ejercicio de la acción para hacer efectivas las pensiones debidas ha de tener por objeto la realización de los derechos del obligado ó responsable, que siendo por acción real alcanza al poseedor de la finca acensuada, se limita solamente á presentar soluciones definitivas según las distintas soluciones de los derechos que al censatario correspondan. Habiéndose autorizado un período para la irredención del censo (artículo 1.608 del Código), bastaba tener presente si cabía ó no redimirlo, para definir desde luego el alcance de la enajenación de la finca contra la cual se proceda; en una palabra, si dicha enajenación ha de tener lugar libre del censo, ó por el contrario, dejándole subsistente.

Para lo primero era indispensable, ante todo, que ya se esté en tiempo en que quepa redimir para que la redención sea á su vez derecho del censatario, y además que éste lo pretenda al objeto de verificar la redención con el precio que se obtenga ó hasta donde alcance, puesto que en el fondo es esto, después de todo, lo que sobre la finca acensuada puede pretender el censualista, ó sea la totalidad de su precio, siendo así que, por lo de-

más, nada se opone á que, tomando parte en el remate, pueda conseguir su adjudicación por el precio que le convenga adjudicarla, si éste no llegase á cuanto acredite por el censo. Y en cambio, para lo segundo, ó sea para que la enajenación tenga lugar con el censo subsistente, es menester que la redención no sea derecho del censatario, porque entonces su utilidad, traducida en precio de dicha realización, queda limitada al valor que corresponda, no obstante el gravamen que el censo lleva consigo; con lo cual resulta que, separadas de esta suerte las referidas situaciones derivadas de que sea derecho del censualista ó del censatario la redención, ni hay para qué alterar las facultades que á uno y otro corresponden por la constitución del censo, ni menos impedir que el procedimiento necesario conduzca desde su origen á la realización inmediata de la finca en las condiciones de las utilidades correspondientes á la persona responsable. El primero de dichos casos encierra en el precio de la enajenación todo lo que puede constituir derecho del censualista, produciendo, en consecuencia, la liberación del censo á favor del adquirente, mediante el procedimiento que provoque la acción real para el pago de pensiones. El segundo, en cambio, encierra en el precio el interés ó derecho del censatario, es decir, del obligado, y no lleva consigo, por lo mismo, aquella liberación. Mas como esta circunstancia podría ofrecer el inconveniente de que no se presentara postor, la necesidad, no obstante, de procurar verdadera utilidad al procedimiento seguido exigía que sólo entonces pudiera imponerse el abandono de la finca. No es esta, á pesar de todo, exigencia irreparable ó absolutamente forzosa. El Proyecto (dicho art. 1.547) salva esta particularidad facultando el censatario para redimir ó completar la garantía, si no quiere abandonar la finca de que se trate. Pero esta facultad del censatario, lejos de ser condición del procedimiento capaz de influir en el

ejercicio de la acción correspondiente, para crear obstáculos en su curso, es solamente condición mediante la cual cabe impedir el abandono á que tiene derecho el censualista, si no hubiese comprador de la finca con el censo. El derecho del censualista es, de este modo, tan perfecto como fijado por la ley, y precisamente el censatario será, en tal caso, quien tendrá más interés, no en optar, sino en hacer la redención ó el complemento de garantía, si se propone conservar la finca objeto del censo.

Véase de qué modo tan sencillo y acomodado á la naturaleza del gravamen y al respeto de los distintos derechos del censualista y censatario, así como al objeto de toda acción autorizada para conseguir el pago de pensiones, se resuelve el problema que puede presentar la necesidad de obtener éstas mientras el censo subsiste; pues desde luego se advierte que si en el segundo caso se presenta comprador, no sólo se precisa por el precio la utilidad del censatario, sino la misma que constituye el único interés á que pueden tener derecho los que se hallen asistidos de alguno de naturaleza real constituído con posterioridad al que motive la enajenación de la finca. Tanto éstos como el censatario sólo pueden pretender el precio obtenido en las referidas condiciones de la enajenación, y esto después de separar ó descontar la parte necesaria para el abono de las pensiones no satisfechas. Esta es la consecuencia de la naturaleza real de la acción ejercitada, que afecta, como tal, á cuantos tengan derechos reales sobre la finca censida. Por esto el artículo del Proyecto concreta aquel derecho al resto del precio que se obtenga y muestra, además, la ventaja de respetar y concertar los derechos de cuantos tengan sobre dicha finca alguno real posterior al mencionado censo.

Artículo 1.660.—También las disposiciones de este artículo, sobre ser poco precisas en sus efectos, tienen el inconveniente de agravar, en ciertos casos, la situación aflic-

tiva del censatario ó responsable. No me refiero al caso en que por sólo culpa ó negligencia del censatario haya disminuído considerablemente el valor de la finca censida, por más que aun en éste, estimo más expedito lo prevenido en el art. 1.548 del Proyecto. Pero en los demás casos á que hace referencia el precepto del Código de que me estoy ocupando, ó resulta innecesaria la disposición, puesto que precisamente lo prevenido en el artículo anterior es para hacer efectiva la deuda por pensiones, ó resulta, según indicaba, injustificadamente gravosa para el deudor si éste, ó por mejor decir el censatario, fuese declarado en quiebra, concurso ó insolvencia. ¿A qué autorizar, en estas circunstancias, procedimientos especiales y distintos de los respectivos juicios que las mismas originan, si al fin el censualista cuenta con la fuerza é independencia de sus acciones reales, aunque éstas, como es natural, se concreten á la finca acensuada? Mientras no se le deba ninguna pensión vencida ni se hayan alterado las condiciones de la finca, ¿qué razón puede haber para afligir con nuevas reclamaciones al censuario, solamente por la situación personal sobrevenida en el estado del mismo? ¿Es que no se confía en el derecho de propiedad originado por el censo y se intenta considerarlo como una responsabilidad de carácter personal? Pero si fuese esto y se sacrificase su naturaleza de gravamen al afán de procurar garantía para el capital del censo, ¿cómo se comprende que en dichos casos no haya de seguir las consecuencias de la quiebra ó concurso que provoquen aquellas declaraciones? Esta sola indicación basta para comprender la necesidad de fijar claramente la naturaleza del censo, aunque se trate del llamado consignativo. Lejos de sustentarlo con caracteres anodinos, que así le permitan al censualista, según sus conveniencias, invocar en su favor el derecho de propiedad para el ejercicio de acciones reales ó acogerse á las ventajas que pudieran producirle las

referidas circunstancias modificativas del estado del censatario, como si se tratase de derechos que dependiesen de su persona y del consiguiente ejercicio de acciones personales, es indispensable decidirse por lo uno ó por lo otro, á fin de que si ha de estimarse aquel derecho de propiedad que cimenta su utilidad en las condiciones de la finca censida, ni se alteren las peculiares del censo ni se franqueen procedimientos especiales por cambios que sobrevengan en el estado del censatario, y por el contrario, se prescinda de la independencia que confiere el mencionado derecho frente á los acreedores del censatario ó interesados en su concurso ó su quiebra, si hubiese ánimo de hacer prevalecer con carácrer personal las acciones derivadas de la existencia del censo. Ajeno éste, de consiguiente, á las referidas modificaciones de estado, ninguna de ellas debe poner en manos del censualista las exigencias á que hace referencia este artículo, así como el anterior, mientras no venga el caso de tener que reclamar alguna pensión no satisfecha oportunamente, ni tampoco sobrevenga la disminución del valor de la finca por culpa ó negligencia del censatario. Siendo éste correcto en su conducta y puntual en sus pagos, ¿por qué hacerle blanco de aquellos derechos especiales, sólo porque haya tenido la desgracia de ser declarado en concurso ó quiebra? ¿Qué significan aquellos derechos para el caso en que surjan estas situaciones? ¿Son, por ventura, extensión de los efectos de la ación real producida por el censo, para poder sustentar, con independencia del concurso ó quiebra, todos aquellos efectos á fin de imponer al censatario ó á sus acreedores el abandono de la finca, á pesar de subsistir ésta en toda su integridad y de ser satisfechas á su tiempo las pensiones que venzan, esto es á pesar de no haber surgido eventualidad alguna contraria á la constitución del censo?

Sea de ello lo que quiera, es lo cierto que mientras éste

se mantenga en la referida integridad, ni hay motivo siquiera para exigir cosa alguna al censatario ni á sus acreedores, y mucho menos para ponerles en el trance de abandonar la finca censida á favor del censualista, quien debe necesariamente contentarse con los derechos inherentes á la constitución del censo, consiguiendo en estos límites la independencia de su derecho anteriormente referida. Por esto el Proyecto prescinde desde luego de la tercera de las circunstancias que menciona el artículo de que me ocupo, así como de la segunda, que ya viene comprendida en la doctrina del precedente, con lo cual se limita lo dispuesto en dicho art. 1.548 del Proyecto al caso especial de haberse alterado la integridad de la finca acensuada por dolo, culpa ó negligencia del censatario. El Código, en este caso, no se contenta con las medidas adoptadas en el artículo anterior. Temiendo que fueran insuficientes, exige que, además, sea el censatario responsable de los daños y perjuicios. Muy natural y lógico fuera esto si se tratase de finca en la cual no tuviese el censatario derecho de propiedad. Pero deduciendo precisamente lo contrario, por ser éste dueño y además poseedor, ¿no se advierte la gran dificultad que estas circunstancias han de oponer para calificar de daño ó perjuicio lo que sólo puede ser resultado del ejercicio del dominio? Mientras este ejercicio no sea malicioso en contra del censualista, ¿cómo formalizar dicha calificación? ¿Se pretenderá, quizá, que el censo consignativo impida el ejercicio de las facultades del dueño é implique un gravamen más restrictivo aún que las servidumbres? El daño ó perjuicio causado en la finca, ¿no es precisamente el que se causa á sí propio quien está investido de las facultades de dueño? Para suponer á semejante menoscabo la trascendencia necesaria, á fin de imputarlo como daño contra el censualista, no obstante ser resultado de hechos no vedados al propietario ó dueño, es menester, según

indicaba, reputarlos maliciosos, y esto habrá de ser muy difícil en la generalidad de los casos.

Así, pues, lo mismo por esta circunstancia que por la de evitar litigios sobre cuestiones de hecho, en que hasta su indispensable calificación puede resultar impropia, he considerado como la solución más adecuada y más justa á la prueba necesaria del dolo ó culpa del censatario la que presenta el mencionado artículo del Proyecto, facultando al censualista para exigir la redención, procediendo al efecto contra los bienes del censatario siempre que éste no evite el ejercicio de dicha facultad completando, *motu proprio,* la garantía que según el mismo precepto ha de prestar la finca de que se trate. De otro modo, para hacer efectiva la responsabilidad por daño exigida por el Código, es muy probable la necesidad de dos litigios, encaminados el uno á demostrar la culpa ó dolo ó la simple negligencia, y el otro á justificar los daños y perjuicios de que se intente hacer responsable al censatario. Dos pleitos es la expectativa de lo prevenido por el Código en caso de culpabilidad; por lo cual paréceme mucho más expedito autorizar al censualista, en tal caso, para exigir la redención del censo, que es, después de todo, el mayor alcance de los derechos que pudiese reclamar, y lo que más directa y positivamente puede facilitar su eficacia sin necesidad de ulteriores controversias litigiosas.

CAPÍTULO IV

Del censo reservativo.

Análogas ó, por mejor decir, idénticas las disposiciones reguladoras de este censo en el Proyecto y las contenidas en el Código acerca del mismo, nada tendría que observar si no fuera la circunstancia de las diferencias antes señaladas respecto á los artículos 1 659 y 1.660, que

se estiman aplicables, excepto en lo referente al complemento de garantía de que se ocupan dichos artículos.

Natural es que donde no se establece alguna garantía no haya posibilidad de completarla; pero esta consideración puede decirse que militaría de igual suerte en el censo consignativo si no se revelara la tendencia á confundirlo con la hipoteca, cual si por su constitución se tratase de establecer una obligación personal sobre un importe ó capital del censo, garantizándolo con bienes inmuebles. Pero por mucha que sea la afinidad de aquel censo con la obligación hipotecaria, su equiparación haría preciso prescindir de su verdadero interés jurídico para la adquisición de una renta ó prestación sobre finca determinada, la cual, lejos de consistir en mera garantía ó medio de seguridad, que dejaría en tal caso vivo, como en la hipoteca, el mayor alcance sobre otros bienes del deudor, para hacer efectiva, caso necesario, la obligación garantizada, consiste, por el contrario, en un derecho de propiedad, limitado por tanto á la utilidad jurídica inherente á la prestación característica del censo, que no debiera tener, por lo mismo, otra trascendencia que la que respecto á la finca censida establezca la constitución ó imposición de aquel gravamen.

Así indicaba, en forma de pregunta, si el llamado complemento de garantía había de llevar ó no consigo la modificación del censo; pues aun cuando se suponga que solamente se exija como un elemento más para poder hacerse efectivo cuando no baste la finca acensuada, al proceder á su realización siempre resultaría que con más exactitud se denominaría garantía del censo ó prestación en que consiste, que complemento de una garantía hipotética ó supuesta.

No hay que confundir la redención en los censos con la devolución del capital en las obligaciones hipotecarias. Ésta, que es una necesidad del deudor, es, por el contra-

rio, en forma de redención, facultad ó derecho del censatario. Y le designo con este nombre porque, en realidad, aun tratándose del censo consignativo, no hay deudor ó responsable del capital que haya servido para su constitución, pues el derecho del censualista se reduce al percibo de la renta sobre la finca en que se verifica la imposición del censo. El Código, no obstante, ha procurado prescindir en cierto modo de estas fundamentales diferencias entre el derecho de propiedad y las obligaciones garantizadas, creyendo seguramente ver en el censo consignativo algo análogo á ellas, por la circunstancia de considerarlo como contrato y no fijarse en que éste es solamente medio de constituirse aquél como otros derechos de verdadera propiedad. Así lo habrá creído el Código en la llamada garantía del censo, por lo cual no ha reparado en autorizar lo que llama también complemento de la misma; complemento que, en último caso, será sólo la garantía verdadera si no ha de servir para modificar el censo, según fuere constituído.

Artículo 1.664.—Mas prescindiendo igualmente de estas indicaciones, es lo cierto que, tratándose del censo reservativo, no se autoriza para exigir semejante complemento. Pero como esto, según se ve, es solo resultado de una apreciación equivocada acerca de la naturaleza del censo, podría fácilmente suceder que sustentara el censatario la facultad de prestarla, á pretexto de que la disposición prohibitiva se limita únicamente á la posibilidad de exigirla. Y como semejante consideración podría parecer fundada en la referida equivocación del concepto legal, que estima garantía donde no la hay, cual si el gravamen ó afección de la finca censida tuviese por objeto asegurar el capital del censo para su restitución (es decir, lo contrario á la causa perpetua indispensable para su constitución y subsistencia) y no ceder y transferir desde luego la utilidad de la finca en el alcance de la presta-

ción ó renta adquirida por el censo, he considerado conveniente, para desvanecer de antemano cualquiera pretensión semejante, que podría invocar en su apoyo la necesidad de una interpretación favorable al deudor, no habiendo para ello disposición contraria, establecer resueltamente la referida imposibilidad de contrarrestar las acciones del censualista, en el censo reservativo, mediante garantías que voluntariamente ofreciera ó constituyese el censatario.

De esta manera, ni hay para qué exponerse á que tome mayor cuerpo aquella confusión que se observa en el Código, aunque en los mencionados limites del censo consignativo, ni á que sea tan sólo resultado de interpretación la aplicación de lo dispuesto en los artículos 1.659 y siguiente del Código; porque si bien permite considerarlo así lo prevenido en el art. 1.664, es lo cierto que éste no preceptúa expresamente aquella aplicación, sino que sólo la da á entender como posible, aunque naturalmente bajo el supuesto de que se consideren como idénticos ó legalmente posibles, en el censo reservativo, los casos previstos para el consignativo en los mencionados artículos 1.659 y siguiente del Código Civil. Es preferible, pues, para no tener que fiar á meros supuestos ó hipótesis la virtualidad de dichas disposiciones y entregar, en consecuencia, á la interpretación lo que corresponde ser disposición terminante de la ley, que ésta la establezca expresamente, como así se previene por el art. 1.552 del Proyecto, que, por otra parte, completa la referida doctrina del 1.664 del Código, estableciendo á su vez la imposibilidad legal de admitir garantías ó complementos de garantía en el censo reservativo ni aun cuando fuera por la voluntad del censatario ó dueño de la finca acensuada.

CAPÍTULO V

Del censo superficiario.

También consigna el Proyecto, á distinción del Código, varias disposiciones reguladoras del derecho de superficie que sirve de base para la constitución de los llamados censos superficiarios. Son éstos manifestaciones de una institución que resulta en el Código enteramente desprovista de propio régimen, que por lo mismo puede ofrecer como dudosa la posibilidad legal de establecerlos y que, caso afirmativo, han de quedar entregados á la suerte que les depare la voluntad, en cada caso, por medio del contrato que sirva para su constitución, cual si se tratase de una institución que, careciendo de verdadero valor jurídico en el derecho de propiedad, que debe ser siempre de régimen legal, hubiera de quedar al capricho y eventualidad del derecho esencialmente personal, para ver en la institución de los contratos su origen ó fundamento, en lugar de ver sólo el medio de formalizar la constitución respectiva de dicha clase de derechos y de completar por la voluntad, en cada uno de ellos, los detalles particulares de la concesión de propiedad para la cual se les utiliza. Podrá discutirse, si se quiere, si el derecho está ó no en el caso de autorizar el derecho de superficie, en una palabra, la concesión precaria del suelo más ó menos limitada, relativamente á los usos para los cuales se conceda. Mas si al fin la solución ha de ser afirmativa ó estimarse como tal á falta de prohibición que impida constituir semejante clase de derechos, y no han de reducirse únicamente á la vida del concesionario para no confundirse con el usufructo, no puede menos de comprenderse que han de originar una forma especial de utilizar los bienes inmuebles capaz de constituir derecho perfecto en fa-

vor del concesionario é independiente, por tanto, de las vicisitudes que sobrevengan en la persona del concedente, todo lo cual necesariamente provoca una forma de verdadera propiedad, fuente de derecho real que, en los límites de la concesión, es motivo de gravamen análogo en cierto modo, aunque distinto en el fondo, de los censos.

Por semejante analogía ha tratado el Proyecto del derecho de superficie en la forma de los censos, comprendiéndolo entre éstos y designándolo con el nombre de censo superficiario. Tiene, como el censo, la prestación anual como expresión de la utilidad jurídica que se reserva el concedente durante el tiempo y límites de la concesión, pero se diferencia esencialmente del censo en que no sólo no tiene causa perpetua para su establecimiento, sino que como consecuencia de esta misma circunstancia lleva consigo una especie de división en la propiedad y mejor aún en el dominio de la finca concedida.

La causa perpetua provoca en el censo una verdadera transferencia, y de consiguiente, la adquisición de la finca ó capital por parte del censatario; y en cambio, la causa temporal ó precaria, aunque sea en forma de condición resolutoria, origina en el derecho de superficie una simple concesión que reviste, no obstante, la virtualidad del derecho real, gracias á la independencia con que surge, dentro de los límites de su concesión sobre la finca en que resulta constituído. Así aparece que, á la vez que en el censo el dominio de la finca se halla propiamente unificado en la persona del censatario, sin otra restricción censual que el gravamen de la prestación y demás derechos anejos susceptibles de redención en la forma prevenida por el Código, en el censo superficiario, por el contrario, surge en cierto modo la división del dominio de la finca revertible, por la conclusión del término ó cumplimiento de la condición resolutoria, que hace por

lo mismo innecesaria la redención y que exige, como régimen de la devolución, que la ley ó la voluntad determinen la suerte de todo cuanto constituye derecho de propiedad del superficiario ó concesionario.

Esta situación en que el concesionario adquiere perfecto derecho á cuanto verifique sobre el suelo concedido, dentro de los límites de la concesión, que se desenvuelve con independencia sobre la base de la posesión precaria del suelo mismo, y que ha de vivir, por tanto, subordinado al tiempo y condiciones de semejante concesión para que, una vez terminada, sea el suelo restituído sin gravamen ni sacrificio ó desembolso no pactado para el dueño concedente de la superficie respectiva, implica un estado especial de la propiedad de las fincas concedidas que la ley está en el caso de asegurar y regir, si no lo ha de prohibir, para evitar que, aunque la voluntad mediante el contrato pudiera hallar forma de sujeción entre las personas del concedente y concesionario, resultara dicha forma entregada, á semejanza del arrendamiento, á las eventualidades de todo derecho meramente personal que otorgara el concedente.

Ante todo restríngese la concesión al suelo de las fincas en que el derecho de superficie se establece, y sobre este límite y los de tiempo ó condición resolutoria fija el artículo 1.539 del Proyecto la naturaleza especial del censo superficiario, á distinción de los censos, y con cierta analogía con el enfitéutico, por el reconocimiento del dominio que se conserva sobre el suelo concedido. Esta circunstancia, que tiene con preferencia á dicho censo la realidad de su eficacia al término de la concesión, sin necesidad de comiso ó abandono de la finca, ni peligro tampoco de redención, que no cabe, lleva consigo la afirmación, ó por mejor decir, la necesidad de afirmar entre los efectos del censo superficiario la propiedad por el concesionario de cuanto practique en el suelo; propie-

dad que, en tal sentido, era preciso caracterizar por el precario de que depende y que da lugar á que, como se previene por el art. 1.540 del Proyecto, sólo se repute mejora cuando para ello exista pacto expreso en la misma concesión. De este modo, y completando esta doctrina con lo dispuesto en el párrafo tercero del mencionado artículo, aparecen claramente formulados los efectos del censo superficiario, así en lo referente al dominio del suelo y de cuanto en el mismo se practique, en una palabra, en lo relativo á la finca concedida, como con respecto á las relaciones entre el concedente y concesionario al llegar la época de la devolución ó conclusión del censo.

Nada de esto se opone á que, respetando lo esencial de la naturaleza de este derecho, complete la voluntad de los interesados aquellos particulares en que tengan interés, ya que, á falta de pacto en que lo formulen, se ofrece, desde luego, la solución legal bajo la base del precario en que descansa la situación especial originada por dicha clase de censo.

Podrá discutirse si el censo superficiario es simplemente un contrato ó un verdadero derecho de propiedad; pero mientras haya precisión de adoptar este último criterio, ó sólo el de que los contratos no constituyen formas de propiedad, sino simplemente medios para su formalización, es forzoso reconocer que el censo superficiario, como todos los demás censos, son asunto que interesa al régimen ó modo de ser de la propiedad inmueble, que como fuente de derecho real implica un estado de la misma, y que, en su consecuencia, sin perjuicio de lo que la ley deje al arbitrio de la voluntad para ciertos detalles que singularicen á cada uno de estos derechos, no puede prescindir de caracterizar la naturaleza ó esencia fundamental de todos ellos y de regular, por tanto, las condiciones constitutivas de los mismos.

PARTE SEGUNDA

(TÍTULO XV DEL LIBRO IV DEL CÓDIGO CIVIL)

De los contratos de prenda, hipoteca y anticresis.

A buen seguro que al encontrar en este lugar el epígrafe del mencionado título XV del libro IV del Código, ha de sorprender que, con ocasión del libro que mi Proyecto dedica á la materia de la propiedad, se hable de los contratos; pero ya he manifestado antes de ahora que semejante anomalía es debida á la falta de sistema que en el Código se observa, lo cual no le ha librado de la necesidad de considerar, aunque sea atribuyéndoles arbitrariamente el carácter de contratos, instituciones características de verdaderos derechos reales, que son, por consiguiente en el fondo, materia del derecho de propiedad.

No se había mostrado con la crudeza que ahora semejante anomalía cuando he tratado de los censos, porque al fin, si bien el Código los ha comprendido también entre los contratos (tít. VII, lib. IV), no se atrevió quizás á darles esta denominación y enunció dicho título con el epígrafe *De los censos*.

¿Por qué no ha hecho lo mismo al tratar de la prenda y de la hipoteca, y aun del anticresis? No es fácil adivinarlo, pues no basta á explicarlo la circunstancia de enunciar cada una de estas instituciones sin la calificación de contrato en los capítulos que comprende el refe-

rido título XV del libro IV del Código, porque lo mismo podía haber hecho relativamente á los censos, designándolos á todos en general como contratos en el enunciado de dicho título que se ocupa de los mismos, sin perjuicio de tratar separadamente, en los capítulos que comprende, de cada uno de los censos, independientemente del contrato bajo cuya forma pueden ser constituídos.

Pero la falta de criterio en este punto no se ha limitado á llevar á la contratación instituciones peculiares del derecho de propiedad. Ha contribuído también á agrupar instituciones cuya naturaleza jurídica es esencialmente distinta, según se echa de ver en dicho título XV, al comprender con la prenda y la hipoteca la institución del anticresis.

Prescindiendo de repetir en este momento lo dicho á este propósito al ocuparme del anticresis como complemento, con el arrendamiento inscrito, á la materia de que se ocupa el título VI del libro II del Código, he de recordar ahora, sin embargo, la referida circunstancia de haber tratado ya del anticresis, para concretarme, respecto á dicho título XV, á la hipoteca y á la prenda.

No voy, pues, á ocuparme de los contratos de prenda ni de hipoteca. Esto tiene en el Proyecto su lugar oportuno en la sección 2.ª (subsecciones 3.ª y 4.ª) del capítulo II, título II del libro IV.

No voy á ocuparme tampoco del anticresis, pues de esta institución, según acabo de manifestar, he tratado ya al hacerlo de la propiedad menos plena ó de las modificaciones del dominio referentes al derecho de disfrute.

Voy á tratar tan sólo de la hipoteca y de la prenda, consideradas en sí mismas; en una palabra: como verdaderos derechos reales ó formas de propiedad calificadas con el nombre de cargas ó gravámenes, cuya materia desenvuelve el Proyecto en la subsección destinada á trazar el cuadro de la propiedad imperfecta, y que por no

tener en el Código otras disposiciones reguladoras que las comprendidas en el enunciado de los contratos, que pueden servir para el establecimiento de dichos derechos reales, me imponen la necesidad de acudir á los mismos (dicho tít. XV del lib. IV) para mantener en la comparación del Código con el Proyecto el orden de estas observaciones, á fin de facilitar dicha comparación, según he venido haciéndolo con ocasión de las instituciones precedentes en esta parte especial del Libro III del Proyecto.

CAPÍTULO I

Disposiciones comunes á la prenda y á la hipoteca.

Artículo 1.857. — Es el primero en que el Código trata de la prenda y de la hipoteca, y por supuesto haciéndolo sólo, según antes he dicho, con la denominación de contratos.

Poco sería lo que tendría que exponer acerca de este artículo del Código, al prescindir de los contratos á que hace referencia, si no fuera por observar en el segundo de los requisitos que califica de esenciales la necesidad, según dice el Código, de que la cosa pignorada ó hipotecada pertenezca en propiedad al que la empeña ó hipoteca.

A primera vista nada parece más natural y sencillo que esta exigencia de la ley. Pero si se tiene en cuenta la confusión que en repetidas ocasiones he tenido precisión de hacer presente respecto á los conceptos de propiedad y dominio que se observan en el Código, se penetrará fácilmente la trascendencia que puede tener en lo relativo á dichas instituciones la mencionada exigencia de la ley, al parecer tan correcta.

Nada más justo que el que empeña ó hipoteca haya de hacerlo de sus propios bienes. El mismo art. 1.857 exige

que así sea respecto á las terceras personas, que, aunque extrañas á la obligación principal, aseguran ésta por prenda ó hipoteca.

Pero como entre los bienes no sólo figuran las fincas ó las cosas muebles, sino también los derechos reales, y como en el concepto de propiedad no brilla el Código por la claridad y precisión con que debe aparecer ésta, á distinción del dominio, es indispensable que aquel segundo requisito, calificado nada menos que de esencial para los contratos á que el Código se refiere, no resulte envuelto en las dudas á que puede dar lugar, tanto el concepto de cosa ó bienes, como el de su apropiación.

Podrá creerse, y á buen seguro que ésta será sin duda la inteligencia de cuantos se fijen en la redacción del citado precepto del Código, que al hablar de que la cosa pignorada ó hipotecada pertenezca en propiedad al que la empeña ó hipoteca, usa el Código del concepto de propiedad como sinónimo de dominio.

Pero si esto fuera así, como debe suceder tratándose de la prenda, desde luego se descubriría la marcada contradicción en que aparecería el Código con lo que, relativamente á la hipoteca, establece nuestra ley Hipotecaria.

Declárase por ésta, en su art. 106, y del mismo modo el Código, en su art. 1.874, que pueden ser hipotecados, no sólo los bienes inmuebles, sino también los derechos reales enajenables, con arreglo á las leyes é impuestos sobre dicha clase de bienes.

Esta sola enunciación revela la contradicción indicada. ¿Cómo ha de pertenecer en dominio el derecho real que se hipoteque, ya se trate del usufructo, ya del censo, ya de la misma hipoteca? Tendrá cualquiera de estos derechos reales el carácter de enajenables, bajo cuyos conceptos pueden ser objeto á materia de hipoteca, tanto por el Código como por la ley Hipotecaria; pero, aun con ello, resultarían desprovistos de la condición inherente

al dominio, si en este sentido debiera ser interpretada la exigencia á que me refería con relación al núm. 2.° del artículo 1.857 del Código.

Es, pues, evidente que, ó los derechos reales enajenables no pueden ser materia de hipoteca, ó que el concepto de propiedad, empleado en el núm. 2.° que acabo de mencionar, no se refiere exclusivamente al dominio, sino que se hace extensivo á todos los derechos reales; en una palabra, á todas las formas por las que puede ser aprovechada la utilidad de las cosas.

Este es, precisamente, el sentido sobre el cual desenvuelve el Proyecto el derecho de propiedad, rectificando en este punto el criterio con que el Código, en la mayor parte de los artículos que á ello se refieren, le presenta como fenómeno del dominio.

Y llamo sobre ello la atención, porque al confirmar el Código el referido criterio del Proyecto, ha venido á demostrar por sus propias disposiciones que, aunque el dominio sea una forma que no hay inconveniente en calificar como la más principal del derecho de propiedad, ni es la única ni puede servir para caracterizar todas las manifestaciones que la propiedad puede tener; lo cual debía haber bastado para que los redactores del Código hubiesen procurado calificar, con la separación debida, cada uno de los expresados conceptos, precisando de tal suerte el relativo al dominio, considerado en general, á fin de que no aparezca, como sucede en el libro II, que sólo se trata del *dominio* con referencia á las aguas (sección 1.ª del cap. I, tít. IV de dicho lib. II), sin haber tratado, ni hacerlo después, del dominio en general, ni del especial, á los demás bienes que no consistan en aguas.

En este punto puede decirse que la ley Hipotecaria había ya, con anterioridad al Código, formulado el referido principio, que, ó había de obligar á que se prescindiera del citado requisito exigido por el art. 1.857, ó hacer in-

dispensable que se modelara el derecho de propiedad con el criterio que campea en el Proyecto, si por estimarse esencial al contrato de prenda é hipoteca el referido requisito, creían que no debían prescindir del mismo al redactar el artículo de que me estoy ocupando.

No puedo creer que se ocultara á los redactores del Código la trascendencia de esta disposición, sobre todo habiendo trasladado al art. 1.874 del mismo Código lo preceptuado en el art. 106 de la ley Hipotecaria.

Ya, cuando me ocupe de aquel artículo del Código (1.874), tendré necesidad de hacer algunas observaciones sobre el contenido de los derechos reales enajenables. Ahora me basta haber hecho presente que para que éstos puedan ser objeto de hipoteca, según reconoció la ley Hipotecaria antes del Código y ha aceptado éste de igual modo, es indispensable reconocer que cada uno de ellos constituye una verdadera propiedad, y que, de consiguiente, sólo por un lamentable error ha podido emplearse en muchos artículos del Código el concepto de propiedad como sinónimo de dominio.

Artículo 1.858.—La facultad concedida por este artículo para la enajenación de la prenda ó hipoteca á fin de pagar al acreedor lo que á ésta corresponda por la obligación garantizada, no exigiría de mi parte observación alguna si no fuera por resultar, según el Código, señalada como efecto del contrato de prenda ó hipoteca, y no del valor jurídico propio de cada una de dichas instituciones.

Si al reducir el Código la virtualidad de estos artículos, dentro de los límites del contrato, da lugar á que no pueda saberse qué régimen corresponde á la prenda y cuál es el privativo de la hipoteca; cuando no se formalizan por contrato, ni deben, por consiguiente, al contrato su origen, es notorio también que al calificar como de esencia del contrato la referida facultad de enajenar, caso necesario, la cosa pignorada ó hipotecada, parece dar á en-

tender que de semejante facultad carecería el acreedor pignoraticio ó el acreedor hipotecario cuando la prenda ó la hipoteca se hubiese constituído por una relación jurídica distinta del convenio.

¿Es esto cierto? Aunque sea lógico, dados los errores contenidos en el Código, no puede admitirse como verdad. El error de la ley servirá, seguramente, para crear confusión, prestará fácilmente materia para contradicciones y pleitos; pero sobre lo legislado, y á despecho del legislador, la prenda y la hipoteca originadas sin convenio tendrán siempre el valor jurídico que deriva de su propia naturaleza, el efecto á que se refiere dicho art. 1.858, estimándolo sólo como de esencia del contrato, puesto que lo verdaderamente esencial en estos casos es si la ley admite ó no la posibilidad de informar dichas instituciones sin convenio, que es precisamente lo que ya con referencia á la hipoteca había reconocido el proyecto de 1851, en su art. 1.791, y posteriormente con mayor latitud, si cabe, el art. 138 de la ley Hipotecaria.

Artículo 1.859.—El principio que se consigna en este artículo es por todo extremo justo. Pero prácticamente considerado, sobre todo en vista de lo dispuesto en el artículo 1.872 del mismo cuerpo legal, no puede menos de estimarse modificado por éste el valor absoluto de semejante principio.

No es mi ánimo suponer que exista contradicción entre el art. 1.859 y el 1.872. La sola circunstancia de ser preceptos de un mismo Código parece indicar que, en la necesidad de buscar su armonía en vez de su contradicción, debe estimarse como disposición especial complementaria, para el caso particular á que hace referencia, lo que en el fondo es una verdadera modificación, de lo que en forma absoluta establece el art. 1.859.

Sin duda como disposición moderna, la del art. 1.872, pasó desapercibida la indicada corrección que producía

en el valor absoluto que aquel principio había tenido hasta entonces en nuestra legislación. No desconozco la utilidad de dicha modificación. Lejos de ello, aparece aceptada en mi Proyecto (art. 1.643); pero sí entiendo que precisamente esta circunstancia reclamaba, para mayor claridad y precisión del Código, que se hubiese hecho la oportuna salvedad en el artículo de que me ocupo, como se hace en el art. 1.647 del Proyecto.

Artículo 1.860.—Destinado este artículo á afirmar el principio de la indivisibilidad de la prenda y la hipoteca, lo hace, sin embargo, á título de disposición común á ambas instituciones, sin considerar que lo que es un problema corriente para la hipoteca en lo relativo á la distribución de la garantía del crédito asegurado, es, relativamente á la prenda, un problema muy discutido fuera del orden legal y propiamente indeterminado en las leyes.

El Código comprendió, sin embargo, que no bastaba enunciar el referido principio de la individualidad de la prenda y de la hipoteca, sino que la necesidad de regular debidamente el valor práctico de semejante principio se hallaba en el caso de definir sus efectos cuando surgiera la división en el crédito garantizado.

No expresa el Código si esta división la regula tanto si deriva de causas necesarias como si es consecuencia de causas voluntarias. Parece, no obstante, que se refiere únicamente á las primeras al hablar de los herederos del deudor ó del acreedor, cual si en ellos circunscribiera el concepto de causahabientes de cualquiera de los dos.

Mas, independientemente de la aplicación que pudiera darse á lo dispuesto en este artículo cuando la división en el crédito derive de alguna causa voluntaria, lo que interesa principalmente es hacer notar que, aunque la aplicación de dicho artículo debe concretarse á la división que surja por alguna causa necesaria, no hay posibilidad de equiparar, como hace el Código en todas las disposiciones

el silencio que se observa en el Código al tratar de la prenda en el capítulo II del título y libro de que me ocupo, si bien, como decía con ocasión del art. 1.860, parece dar á entender que tiene distinto criterio, admitiendo en la prenda, del mismo modo que en la hipoteca, la posibilidad de comprometer un conjunto de cosas con responsabilidad limitada respecto á cada una de ellas.

Esto es, por lo menos, lo que se desprende de los dos últimos párrafos del art. 1.860, cuyas disposiciones, si bien concuerdan con lo prevenido acerca de esta materia en la ley Hipotecaria, están muy distantes de corresponder á lo que exige la naturaleza de la prenda, desde el momento en que es requisito esencial de ésta, con arreglo al art. 1.863 del mismo Código, la posesión en poder del acreedor pignoraticio ó de un tercero, de común acuerdo.

En la prenda, de consiguiente, á diferencia de la hipoteca, es indispensable la unidad de crédito, no sólo para su constitución, sino también para su subsistencia.

Por más que este principio pueda tener una excepción, tratándose del acreedor pignoraticio, según lo prevenido en el art. 1.866 del Código, porque después de todo, siendo el mismo acreedor para el segundo crédito, sigue la misma posesión originada por el primero, fácilmente se observa que todo fraccionamiento del crédito, como base para admitir la limitación de responsabilidad en cada una de las cosas constituídas en prenda, formando entre ellas un conjunto, sólo puede ser resultado de olvidar ó desconocer la naturaleza especial de la prenda, ya que, en realidad, teniendo como tiene derecho el acreedor pignoraticio á retener la cosa mientras no resulte satisfecho por completo el crédito asegurado, el fraccionamiento del crédito correlativo á toda responsabilidad limitada en las cosas de un conjunto implica forzosamente la división ó subdivisión de la prenda, como si se constituyeran más

bien prendas distintas que una sola sobre la totalidad del crédito.

Es más; de tal suerte se impone la unidad de crédito y la responsabilidad total sobre cada una de las cosas de un conjunto pignorado, que á no ser así difícilmente, por no decir imposible, resultarían las consecuencias de la posesión, que implican para el acreedor pignoraticio la necesidad de conservar la cosa y el derecho á ser reintegrado de los gastos indispensables para su conservación; pues desde luego se observa que, si cada cosa pignorada en conjunto con otras varias pudiera ser rescatada separadamente para el pago de una parte del crédito asegurado, el acreedor pignoraticio se vería precisado á formular liquidación distinta sobre cuanto hiciera referencia á la conservación de cada una de las cosas, á proceder también con separación respecto á cada una de ellas, como si fueran objeto de diversas prendas, y á exponer su derecho al reintegro de los gastos necesarios para la conservación del conjunto por insuficiencia que pudiera resultar respecto de algunas de las cosas que formaran parte del mismo.

He aquí por qué he entendido que no podía considerarse como materia común á la prenda y á la hipoteca cuanto se dispone en el art. 1.860, pues precisamente los dos últimos párrafos de dicho artículo, en lo que á la prenda se refieren, sólo han podido ser consignados por no meditar lo bastante las consecuencias que necesariamente ha de producir en la prenda el requisito de la posesión exigido por el art. 1.863, ó por haberse inspirado, con olvido de este artículo, en el criterio de nuestro antiguo derecho, que tomando en cierto modo por sinónimos la prenda y la hipoteca, no prevenía con absoluta precisión la referida necesidad de la posesión del acreedor ó de un tercero, tratándose de la prenda.

Pero además de lo que, á mi juicio, corresponde tener

el silencio que se observa en el Código al tratar de la prenda en el capítulo II del título y libro de que me ocupo, si bien, como decía con ocasión del art. 1.860, parece dar á entender que tiene distinto criterio, admitiendo en la prenda, del mismo modo que en la hipoteca, la posibilidad de comprometer un conjunto de cosas con responsabilidad limitada respecto á cada una de ellas.

Esto es, por lo menos, lo que se desprende de los dos últimos párrafos del art. 1.860, cuyas disposiciones, si bien concuerdan con lo prevenido acerca de esta materia en la ley Hipotecaria, están muy distantes de corresponder á lo que exige la naturaleza de la prenda, desde el momento en que es requisito esencial de ésta, con arreglo al art. 1.863 del mismo Código, la posesión en poder del acreedor pignoraticio ó de un tercero, de común acuerdo.

En la prenda, de consiguiente, á diferencia de la hipoteca, es indispensable la unidad de crédito, no sólo para su constitución, sino también para su subsistencia.

Por más que este principio pueda tener una excepción, tratándose del acreedor pignoraticio, según lo prevenido en el art. 1.866 del Código, porque después de todo, siendo el mismo acreedor para el segundo crédito, sigue la misma posesión originada por el primero, fácilmente se observa que todo fraccionamiento del crédito, como base para admitir la limitación de responsabilidad en cada una de las cosas constituídas en prenda, formando entre ellas un conjunto, sólo puede ser resultado de olvidar ó desconocer la naturaleza especial de la prenda, ya que, en realidad, teniendo como tiene derecho el acreedor pignoraticio á retener la cosa mientras no resulte satisfecho por completo el crédito asegurado, el fraccionamiento del crédito correlativo á toda responsabilidad limitada en las cosas de un conjunto implica forzosamente la división ó subdivisión de la prenda, como si se constituyeran más

bien prendas distintas que una sola sobre la totalidad del crédito.

Es más; de tal suerte se impone la unidad de crédito y la responsabilidad total sobre cada una de las cosas de un conjunto pignorado, que á no ser así difícilmente, por no decir imposible, resultarían las consecuencias de la posesión, que implican para el acreedor pignoraticio la necesidad de conservar la cosa y el derecho á ser reintegrado de los gastos indispensables para su conservación; pues desde luego se observa que, si cada cosa pignorada en conjunto con otras varias pudiera ser rescatada separadamente para el pago de una parte del crédito asegurado, el acreedor pignoraticio se vería precisado á formular liquidación distinta sobre cuanto hiciera referencia á la conservación de cada una de las cosas, á proceder también con separación respecto á cada una de ellas, como si fueran objeto de diversas prendas, y á exponer su derecho al reintegro de los gastos necesarios para la conservación del conjunto por insuficiencia que pudiera resultar respecto de algunas de las cosas que formaran parte del mismo.

He aquí por qué he entendido que no podía considerarse como materia común á la prenda y á la hipoteca cuanto se dispone en el art. 1.860, pues precisamente los dos últimos párrafos de dicho artículo, en lo que á la prenda se refieren, sólo han podido ser consignados por no meditar lo bastante las consecuencias que necesariamente ha de producir en la prenda el requisito de la posesión exigido por el art. 1.863, ó por haberse inspirado, con olvido de este artículo, en el criterio de nuestro antiguo derecho, que tomando en cierto modo por sinónimos la prenda y la hipoteca, no prevenía con absoluta precisión la referida necesidad de la posesión del acreedor ó de un tercero, tratándose de la prenda.

Pero además de lo que, á mi juicio, corresponde tener

presente sobre el referido problema diferencial entre la hipoteca y la prenda, equiparadas al parecer en dicho artículo 1.860, no puedo menos también de hacer presente la necesidad de aclarar las demás disposiciones comprendidas en el mismo, aun cuando sea tratándose del caso especial en que por causa necesaria, como la sucesión, sobrevenga la división del crédito asegurado.

Bueno es, ciertamente, que el Código se haga cargo de este caso y dicte de un modo expreso disposiciones, que de todos modos habrían sido consiguientes al principio de la indivisibilidad de la prenda y la hipoteca; pero ni debía haberse limitado á dictar dichas disposiciones sólo con relación á los herederos del acreedor ó del deudor, puesto que en idénticas condiciones pueden encontrarse los que por título singular estén interesados en la sucesión de cualquiera de los mismos, ni tampoco equiparar la prenda y la hipoteca en lo referente á la devolución de la primera ó cancelación de la segunda, en perjuicio de los herederos que no hayan sido satisfechos.

Entre los legatarios, del mismo modo que entre los herederos, puede presentarse la situación á que se refiere el Código con relación únicamente á estos últimos. Pero independientemente de esta circunstancia, en que por analogía de situación es probable que se atribuya una interpretación extensiva al mencionado artículo del Código, he de hacer algunas indicaciones respecto á la referida equiparación en el punto que acabo de señalar, porque no es difícil comprender que si la prenda requería la disposición prohibitiva del tercer párrafo de dicho artículo, no así la hipoteca, cuya cancelación en ningún caso podría verificarse con derecho si había de hacerse en quebranto de los demás herederos ó causahabientes no satisfechos.

Cimentada en la posesión la eficacia del derecho real de prenda, puede suceder que el que esté apoderado de ésta perjudique con sus actos á los demás interesados por

sucesión en el crédito asegurado. Pero tratándose de la hipoteca, cuya eficacia con relación á tercero se mantiene por la inscripción en el Registro, para que los interesados pudieran sufrir perjuicios por la cancelación que hiciere alguno de ellos, sería preciso admitir que asiste derecho, según el registro, para cancelar totalmente una hipoteca al que sólo esté interesado en ella por una parte del crédito asegurado.

¿Es esto posible, según nuestro derecho positivo, y aun podría añadir conforme con los principios de justicia? La contestación negativa revela claramente la necesidad de rectificar en este punto dicha disposición del Código, en la cual parece darse á entender que asiste derecho para cancelar en todo al que sólo sea interesado en parte.

Comprendo que, quizá, los redactores del Código tuvieran presente la necesidad de completar en este extremo lo prevenido en nuestra legislación hipotecaria, para que no se diera el caso, que aun hoy pudiera ocurrir, de que el deudor que hubiese pagado á los causahabientes del acreedor el crédito garantizado con hipoteca se encontrase con dificultades casi insuperables para obtener su completa cancelación, no pudiendo obtenerla separadamente de cada uno de los causahabientes á quienes hubiera ido satisfaciendo su parte respectiva, ni separadamente tampoco del último, con cuyo pago resultare totalmente extinguido el crédito, viéndose el deudor precisado á provocar la intervención de todos, por distantes que fuesen las fechas de su respectivo pago.

Por esto he considerado que, no pudiendo extinguirse proporcionalmente la prenda ni la hipoteca á medida que el deudor satisfaga á alguno de los causahabientes del acreedor su participación en el crédito hipotecario, ni debiendo tampoco colocársele en situación de tener que provocar la intervención en la cancelación de todos los causahabientes satisfechos, cabía autorizar con la facul-

tad de cancelar (art. 1.563, párrafo 3.°, de mi Proyecto) á aquel por cuyo pago parcial quedara extinguido el crédito total, por supuesto siempre que esta circunstancia apareciese en el Registro mediante los asientos correspondientes que acreditasen en él las cartas de pago de las demás porciones del crédito hipotecario.

Artículo 1.861.—Lo dispuesto en este artículo, aunque con referencia á los contratos de prenda y de hipoteca, es probable que no responda con fidelidad al pensamiento de sus autores.

Por las últimas expresiones que comprende parece dar á entender que dicho pensamiento informaba el criterio de que, cualquiera que fuese el modo como debieran cumplirse las obligaciones, podían ser éstas objeto de prenda ó de hipoteca. De otra suerte, habría bastado la primera parte del artículo, en que declara que por ellas puede asegurarse toda clase de obligaciones.

Cuando el Código creyó necesario completar dicha primera parte de este artículo con la calificación alternativa referente á las puras y condicionales, ya fuesen estas últimas suspensivas ó resolutorias, es probable, como decía, que el pensamiento del artículo respondió únicamente á estos diversos modos, por los cuales pueden las obligaciones ser cumplidas.

Pero como, al fin, la nota predominante en la redacción del artículo es que toda clase de obligaciones puede ser asegurada mediante prenda ó hipoteca, no puedo menos de hacer presente cuán aventurada, á mi juicio, es semejante afirmación, si se tiene en cuenta la diversa naturaleza de las obligaciones, no reconocida en el mismo Código (tít. I, lib. IV), porque no es dudoso que pudiendo consistir éstas en dar, en hacer ó en omitir, y consistiendo precisamente el derecho real de prenda ó de hipoteca en poder provocar la enajenación de la cosa para obtener con su precio el pago de la obligación garantizada, es

evidente que sólo aquellas obligaciones cuyo cumplimiento puede tener lugar mediante pago ó entrega de una cantidad determinada, son las que pueden ser objeto de las referidas instituciones de garantía; en una palabra: las obligaciones de dar y aun, entre ellas, aquellas en que ha de hacerse entrega de cantidad de dinero.

De otro modo, el precio que se obtuviera por la enajenación de la cosa pignorada ó hipotecada no constituiría el elemento por el cual directamente pudiera quedar satisfecho el acreedor ó hacerse efectivo el derecho real de la prenda ó hipoteca. Sería tan sólo un medio para adquirir, en virtud de aquel derecho real, lo que fuera indispensable para dar cumplimiento á la obligación principal asegurada; todo lo cual, además de atribuir al derecho de prenda ó hipoteca una extensión impropia de la relación directa entre la cosa pignorada ó hipotecada y la obligación garantizada, cuyo consentimiento dependería en tal caso, no meramente de la realización de la cosa, sino de la inversión de su precio ó nueva relación que por este hecho se agregara á la relación de garantía, llevaría consigo todas las eventualidades que esta nueva relación ó inversión del precio de la primera pudiera producir, y que en muchos casos podrían llegar á ser una perturbación de la relación directa que entraña el verdadero derecho real.

La integridad de la obligación garantizada implica, para la garantía ó para el derecho real en que descanse, que la eficacia de ésta no haya de salirse de los límites trazados por la relación originaria de la obligación garantizada. Si con motivo de ésta la relación originaria se transforma y da lugar á la llamada indemnización de daños y perjuicios, que así puede surgir de una obligación de dar, como de una de hacer y aun de omitir, es notorio que precisamente por dicha transformación la relación nueva es distinta de la primera y á ella no ha de

extenderse la garantía, mientras no resulte expresamente convenido con determinación de la cantidad que, en su caso, haya de hacerse efectiva en semejante concepto.

Otra cosa exigiría que, en lugar de quedar este último extremo á la acción de la libre voluntad, para que por convención expresa la obligación de garantía pudiera extenderse, no sólo á una relación, sino á las que pudieran crearse con motivo de su falta de cumplimiento, la ley, por precepto expreso, impusiera esta exigencia ó extensión de la eficacia de la prenda ó de la hipoteca, lo cual no ha sucedido hasta ahora ni en el Código ni en los anteriores cuerpos legales, ni era fácil que la ley comprometiese la suerte limitada de toda obligación de garantía á las mil contingencias ó eventualidades que pudieran ocurrir por la transformación voluntaria ó necesaria de la obligación principal garantizada.

Estas solas indicaciones revelan desde luego el importantísimo problema que surge con motivo de la relación que debe existir entre las obligaciones de garantía y las garantizadas ó calificadas de principales, por más que de todos modos se haga preciso rectificar el sentido absoluto con que aparece redactado el art. 1.861 del Código, para que no resulte el absurdo de que pudieran creerse susceptibles de prenda ó hipoteca aun las obligaciones derivadas del carácter afectivo de familia y del respeto y obediencia de los menores á sus guardadores respectivos; ni se olvide tampoco que, si se quisiera intentar hacer extensiva la eficacia de la obligación de garantía á la indemnización, por incumplimiento de una obligación garantizada, sería también preciso que aun acerca de este extremo se dictaran por la ley disposiciones expresas.

CAPÍTULO II

De la prenda.

Artículo 1.863.—Relativamente á este artículo, llama la atención el concepto vago con que termina, autorizando el que se ponga en posesión de la cosa pignorada á un tercero, de común acuerdo, según se dice en dicho precepto legal.

¿Entre quiénes debe existir este acuerdo exigido por la ley? He aquí, en cierto modo, el problema que para su debida claridad presenta el mencionado artículo.

¿Deberá ser entre el acreedor y el tercero? ¿Habrá de tener lugar entre éste y todos los que intervengan en el contrato de prenda, ya sean éstos, además del acreedor, el deudor y el dueño de los bienes pignorados? ¿Ha de limitarse únicamente entre los contratantes el acuerdo á que se refiere dicho artículo? ¿Ó es preciso, tan sólo, que exista entre el acreedor y el dueño de los bienes, ya sean éstos únicamente los que contraten la constitución de la prenda, ya intervenga también el deudor en el contrato?

Esta misma variedad de conceptos posibles para la inteligencia del relativo al común acuerdo exigido por dicho artículo del Código, revela, por lo menos, la necesidad de precisar semejante requisito, señalado como indispensable, puesto que toda obscuridad en este punto, afectando, como afectaría, á lo que es esencial para la constitución de la prenda, vendría á traducirse en causa de nulidad, capaz, por tanto, de producir perjuicios irreparables.

Por de pronto se observa que la solución que corresponda á las preguntas formuladas y otras que podrían formularse relativas al mismo asunto, en vista de la re-

dacción del mencionado artículo, depende principalmente del criterio por el cual se decida la siguiente cuestión, á saber: si el contrato de prenda exige necesariamente unidad de acto para la convención entre los interesados y para la posesión de la prenda por un acreedor ó un tercero, ó si, por el contrario, es posible llenar estas dos exigencias por medio de actos distintos, en que desempeñando la convención las funciones peculiares á la perfección del contrato, quede reservado para la referida posesión, indispensable, las que son peculiares para la consumación del mismo; en una palabra: ¿es esencial para el contrato de prenda la simultaneidad en todo cuanto es preciso para que la prenda quede constituída, ó cabe, por el contrario, la variedad consiguiente á la independencia ó separación entre la convención de la prenda y su legítima constitución?

He aquí un problema para el cual no tiene el Código verdadera solución, sobre todo teniendo presente que por el artículo anterior al de que me estoy ocupando (ó sea el 1.862) se trata de la promesa de constituir prenda ó hipoteca, promesa que vendría á resultar en cierto modo por el mismo contrato de prenda, si en éste no interviniera como elemento necesario la posesión de la prenda por el acreedor ó un tercero.

De creer es, por lo mismo, que al señalar el art. 1.863 la referida posesión como requisito necesario para constituir el contrato de prenda, se haya formulado en la idea y deba merecer, por consiguiente, la interpretación de que la unidad de acto entre la convención y la posesión es de esencia en dicho contrato.

De otro modo, el contrato de prenda por la sola convención quedaría sin constituir; y si, por consiguiente, dicha convención no constituía contrato ni pudiera ser estimada como verdadera promesa, resultaría completamente ineficaz semejante convención no acompañada de

la posesión indispensable de la cosa ú objeto á que hiciese referencia.

Hago estas indicaciones porque, si el contrato de prenda exige simultaneidad en todos los actos necesarios para su constitución, forzosamente el llamado tercero ó persona á quien se refiere con este nombre el art. 1.863 tendría que intervenir en el contrato como verdadero contratante, en cuyo caso holgaría completamente en el artículo la referida expresión del *común acuerdo,* porque esta es una circunstancia tan esencial en los que contratan, que ella es precisamente el contrato mismo.

Al exigirla, no obstante, el Código como circunstancia especial del contrato de prenda, parece dar á entender que se trata de un acuerdo con persona distinta de los contratantes y ajena de consiguiente á la convención, aunque necesaria, al fin, para consumarla por medio de la posesión; criterio que parece confirmar la circunstancia también de designar con el nombre de tercero á aquel cuyo acuerdo exige, tanto porque dicha expresión de *tercero* sólo cabe referirla al que no tenga intervención en el contrato, como porque, si se emplease para designar persona distinta del deudor y del acreedor, dicha designación convendría del mismo modo al dueño de los bienes pignorados, en armonía con lo que dispone el último párrafo del art. 1.857.

¿Ha sido este realmente el criterio del art. 1.863 del Código? ¿Ha entendido éste que tiene también la condición de tercero, en el contrato de prenda, el dueño de los bienes pignorados?

Véase un punto que requiere precisamente resolver una nueva cuestión, tan esencial en el contrato de prenda, que consiste en determinar entre quiénes debe necesariamente celebrarse este contrato. ¿Debe hacerse entre acreedor y deudor? ¿Es sustancial en dicho contrato que éste se celebre entre el acreedor y el dueño de los bie-

nes, aunque sea necesariamente en consideración á una abligación correlativa del crédito de aquél? La intervención del deudor en semejante contrato ¿es fundamental, ó meramente potestativa?

De sobra se penetra que si lo fundamental en el contrato de prenda es procurar al acreedor seguridad por la cosa pignorada, han de ser el dueño de ésta y el acreedor las personas entre quienes debe formalizarse aquel contrato.

De ser así, como á mi juicio corresponde, quedaría por los propios requisitos eliminado de la condición de tercero el dueño de los bienes pignorados, pero no dejaría de correrse el riesgo de que se extendiera al deudor semejante calificación, lo cual resultaría propiamente más absurdo que el que en aquella calificación se comprendiese al dueño de dichos bienes.

Al fin, la posesión por el dueño resultaría una contradicción con la garantía de que depende la utilidad de dicho contrato, encaminada principalmente á que sin la voluntad del acreedor no puede un tercero adquirir válidamente la cosa pignorada de su dueño, y por lo cual sin duda establece el Código alemán, en el último párrafo de su art. 1.147, que es nula la constitución de la prenda cuando se conviene que su posesión permanezca en poder del que la constituye.

La necesidad de la posesión en esta clase de contratos, es más, la constitución del derecho real que están llamados á producir, depende precisamente de la necesidad de separar la propiedad y la tenencia ó posesión material de la cosa en que consiste la prenda, á fin de que si el dueño conserva sobre ella el *título* de propiedad, no tenga á su disposición el *modo* indispensable para completar su transferencia; é igualmente, que si el tenedor por la posesión material tiene á su disposición el *modo* exigido para transferir, carezca del *título* para realizarlo.

Véase, pues, cuán necesaria es la aclaración del artículo 1.863, siquiera en el sentido del art. 1.633 del Proyecto, porque ó sobra la exigencia del común acuerdo como condición especial del contrato de prenda, si el llamado tercero ha de intervenir como contratante, ó es preciso aclarar á quién se refiere dicha designación de tercero, para saber si se toma como contrapuesto á las personas de acreedor y deudor, ó en contraposición á las personas del acreedor y del dueño de los bienes pignorados, ó en oposición á la de los contratantes, cualquiera que sea el número de los mismos.

Artículo 1.864.—El enunciado de este artículo es, al parecer, sencillo, pero en el fondo envuelve también un asunto jurídico de la mayor importancia; como que afecta á la clasificación que en su lugar oportuno hemos señalado como contenido de las cosas muebles, ó sea su distribución en fungibles ó no fungibles.

Según el Código, todas las cosas muebles susceptibles de posesión que no constituyan propiedad pública, estando por lo mismo en el comercio, pueden ser objeto de prenda; y, sin embargo, son muchas aquellas que no pueden serlo, según sucede en las que se cuentan, pesan y miden, en una palabra, las genéricas ó de expresión cuantitativa, é igualmente la moneda de cuño nacional.

El Código ha prescindido, no obstante, de esta consideración.

Fijándose más en el nombre que en el fondo de esta institución, ha creído, sin duda, que no estaba en el caso de resolver el problema importantísimo que con ocasión del depósito se ofrece, á pesar de haberse hecho observar en los comentarios del proyecto de Código de 1851 (artículo 1.670), que era ya necesario que los Códigos se preocuparan de su resolución, reconociendo la razón que tuvo Heinecio para rechazar el llamado depósito irregular.

Aparte de lo que al tratar del depósito deba exponer acerca de este punto, es lo cierto que la materia referente á la determinación de las cosas que pueden ser objeto de prenda tiene íntima conexión con la relativa á las que puedan serlo de depósito.

No en vano consigna el mismo Código, en su art. 1.859, que el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda ni disponer de ellas, así como el 1.867 regula también la obligación de cuidar la cosa dada en prenda, y el 1.869 y el 1.870 mantienen la subsistencia del dominio durante la prenda por parte de aquel que la constituye sobre sus bienes.

Estas diversas disposiciones reconocen quizá, completando más bien que definiendo la doctrina del artículo de que me estoy ocupando, que las cosas, para ser objeto de prenda, han menester que sean susceptibles más bien de verdadera propiedad, y aun podría añadir de verdadero dominio, que de simple posesión; puesto que precisamente, no obstante la constitución y existencia de la prenda, ha de subsistir íntegramente el dominio de la cosa pignorada.

Sólo esta última indicación revela la fundamental diferencia que existe entre las cosas muebles, en lo relativo á la determinación de las que pueden ser objeto de prenda.

Al declarar el Código que esta aptitud concurre en todas, viene, según decía, á demostrar que no se ha fijado lo bastante en la naturaleza de la prenda, ni siquiera en el sentido con que procuró preceptuar, al ocuparse del depósito, que éste queda desnaturalizado para convertirse en préstamo (art. 1.768) cuando se concede permiso al depositario para usar de la cosa confiada á su custodia.

Se dirá que el permiso es un acto de voluntad que afecta esencialmente á la naturaleza del contrato, para que éste se caracterice según sus condiciones y no precisamente por el nombre que los interesados quieran darle; doctrina

constantemente sostenida por el Tribunal Supremo. Pero no es posible desconocer que esta doctrina ha de rebasar necesariamente los límites del terreno voluntario, cuando las condiciones del objeto sobre que recaiga el contrato sean enteramente opuestas á los efectos que éste deba natural y legalmente producir.

En semejantes circunstancias la desnaturalización del acto jurídico que los interesados designen con error no sobrevendrá ciertamente por manifestación de su voluntad, pero ha de sobrevenir por necesidad á causa de la contraposición entre la naturaleza del objeto y los efectos del contrato.

Esto es, precisamente, lo que se ha olvidado el legislador y lo que me obliga á rectificar en este punto el alcance del art. 1.864 del Código, para consignar (art. 1.631 del Proyecto) que sólo en las cosas no fungibles, que se hallen en el comercio de los hombres, es preciso que recaiga la institución de la prenda. Y nótese que, como ya hice presente al comienzo de las observaciones de este libro del Proyecto, difiere éste sustancialmente en lo relativo al concepto de cosas fungibles y no fungibles, prescindiendo de la circunstancia, más aparente que real, en lo referente al consumo, en que el Código hace descansar la diferencia, para fijarse en el valor jurídico que determina la utilidad que en la relación desempeña cada una de dichas clases de cosas, y por la cual resultan calificadas de esencialmente genéricas las cuantitativas y la moneda del cuño nacional (artículos 1.080 y 1.103 del Proyecto).

La singularidad de la cosa, mejor aún, la individualización de la misma como objeto exclusivo de una relación jurídica, sólo es posible en las cosas específicas que el Código califica en general de cosas determinadas.

En esta determinación, capaz de precisar los efectos de una relación jurídica sobre cosa susceptible de ser perse-

guida en virtud del título de su respectiva pertenencia, se cifra, por decirlo así, el derecho de propiedad, que es precisamente aquel que por la naturaleza de la prenda debe subsistir en favor del mismo que la da en garantía.

Ya dije en su lugar oportuno, ocupándome de estos particulares con relación á las diferencias entre las cosas fungibles y no fungibles, y muy especialmente en razón del art. 1.086 del Proyecto, que si bien no cabía afirmar que estuviesen absolutamente relegadas del derecho de propiedad las cosas esencialmente genéricas ó fungibles, debía, sin embargo, reconocerse que eran sólo susceptibles de dominio y aun en virtud de la presunción fundada en su estado posesorio.

Semejante limitación, en cuanto al derecho de propiedad de las cosas esencialmente genéricas, implica necesariamente la unificación del derecho en la propiedad y en la posesión de estas cosas; y ésta es la nota característica que importa la imposibilidad de ser materia de prenda, porque precisamente es de esencia en esta institución la separación entre la propiedad y la tenencia ó posesión material de la cosa pignorada.

No me detendré en señalar las múltiples consecuencias que ha de producir la armonía de estos derechos, al parecer contrapuestos, del dueño de la cosa pignorada, del deudor y del acreedor, porque de sobra se comprende que la integridad de todos ellos, no obstante la eficacia de la prenda, depende fundamentalmente de la naturaleza específica del objeto en que aquélla consiste, puesto que de otro modo, aparte las dificultades consiguientes para la identificación de la cosa cuando surgiese cuestión acerca de su identidad, la garantía del acreedor equivaldría á la negación del derecho del propietario, y aun podría añadir que si por acuerdo de ambos se confiaba á un tercero la cosa pignorada, resultaría uno y otro sin verdadera garantía de su respectivo derecho.

Véase por qué, según antes indicaba, lo referente á la determinación de la doctrina relativa á los objetos que pueden ser materia de prenda está íntimamente enlazado con lo que las escuelas han sustentado en el llamado depósito irregular.

Hora era ya de no confundir en el nombre lo que en realidad no es depósito, en una palabra, del que se trate de constituir con cosas fungibles ó esencialmente genéricas. Por esto el Código, sin duda, consideró que debía rechazar semejante contraposición de concepto para reconocer la desnaturalización del depósito (dicho art. 1.768) cuando el depositario pudiese ejercer en la cosa las funciones del dueño, y bien puede afirmarse que fué todavía parco, en este punto, cuando ya nuestras leyes de Partida (la 2.ª, tít. III, Partida 5.ª), y aun las leyes del Fuero Real, entre ellas la 5.ª, título XV, libro III, habían reconocido que la cosa genérica entregada como tal en concepto de depósito, lejos de producir los efectos peculiares á esta institución, debía producir, por el contrario, los relativos al préstamo, es decir, la transferencia del dominio ó del señorío de la cosa recibida, y la responsabilidad tan sólo á devolver otro tanto de la misma especie y calidad, salvo si la entrega se verificase en condiciones por las cuales revistiera lo entregado verdadero carácter específico, por serlo mediante recipiente ó cerradura, como dice el Fuero Real, que individualizase ó singularizase su contenido genérico.

Así, pues, si á título de prenda se tratara de garantizar alguna deuda mediante cosas fungibles, no cabe sustentar, como sería posible según el Código, que la relación jurídica fuera verdaderamente prenda; pues la posesión, por parte del acreedor ó tercero, de dicha clase de cosas, equivaldría, tan sólo en virtud del contrato que les obligara á restituir otro tanto de la misma especie y calidad, á un préstamo de carácter condicional, ya que al pago

de la deuda habría de quedar subordinada la devolución de semejante préstamo, y ya que, por otra parte, estaría el acreedor en el caso de realizar el cobro, no mediante la cosa cuya posesión se entregara en virtud de dicho contrato, sino con la que se restituyese en sustitución de aquélla.

Artículo 1.865.—Dos puntos principalmente es menester considerar acerca del contenido de este artículo: uno de simple referencia á lo que ya he tenido ocasión de observar con motivo del art. 1.863 del Código, y otro referente al criterio por el cual haya de ser calificada la condición de tercero.

En cuanto al primero, exige el artículo de que me ocupo que para que la prenda surta efecto es indispensable que conste por instrumento público la certeza de la fecha. Supongo que el Código se referirá á la fecha de la constitución de la prenda; y lo supongo con tanta más razón porque, según hacía observar con ocasión del art. 1.863, parece que el Código se propuso exigir la simultaneidad de acto entre la convención de la prenda y la posesión del objeto en que consista, para que la prenda pueda quedar, por contrato, legítimamente constituída.

De otro modo, el silencio del Código respecto á la fecha á que hace referencia, tanto podría entenderse relativo á la convención sobre la prenda, como referente al acto por el cual se diera posesión del objeto pignorado al acreedor ó al tercero á quien se refiere el mencionado artículo 1.863. Por esto he creído que era preferible que la ley se pronunciara con claridad acerca de este punto, y lo he consignado así en el art. 1.638 del Proyecto, aunque no deje de sorprender que, por lo que á la prenda se refiere, sea el Código más exigente que cuando se trate de cualquiera otra relación cuyo título se haya constituído por documento privado, en atención á la doctrina que para poder hacerlo valer contra terceros señala el artículo 1.227 del Código.

No he creído, sin embargo, que este fuese punto de tan señalada trascendencia que exigiera la modificación de lo prevenido en el citado artículo de que ahora me ocupo. La oposición en que, al parecer, resulta con el art. 1.227, oposición que por cierto no existía en el proyecto de 1851 (artículos 1.209 y 1.774), podrá envolver un problema digno de estudio para la perfección del Código; pero no importa una verdadera necesidad para que desde luego hiciera sobre ello hincapié en el Proyecto.

No sucede lo mismo respecto al segundo particular que es menester considerar en este artículo.

La calificación de tercero, empleada en él, no sólo requiere que se aclare dicho concepto, sino que demanda una importante limitación acerca del contenido que se lé puede atribuir.

Aunque, á semejanza de lo que ocurre en la ley Hipotecaria, principalmente destinada á fijar este aspecto en las relaciones jurídicas de que se ocupa, pueda creerse que dicha calificación de tercero alcanza á todo el que no haya intervenido en el contrato de prenda, no es difícil comprender que en esta situación podrían hallarse, si no los herederos del acreedor ó del deudor, por estimar que son la continuación de la personalidad de sus causantes, sí los legatarios y cualquiera otro interesado por título sucesorio en los bienes relictos.

Aun respecto de los herederos y demás acreedores testamentarios, no dejaría de ser anómalo que ellos pudieran rechazar la eficacia de la prenda por falta de instrumento público en su constitución, cuando quizás fuera tan sólo un documento privado (por ejemplo, el testamento ológrafo) el título sucesorio en que descansara su derecho á la herencia.

Además, ¿qué razón puede haber para que los herederos ó legatorios, ó sólo éstos y cualquiera otro interesado en la sucesión que no lo sea en concepto de heredero, pue-

dan quedar exentos de la eficacia de un documento privado contra su causante, sólo por la circunstancia de tratarse de un contrato de prenda, siendo así que respecto á los demás contratos deben necesariamente respetarlos, no sólo si se formalizan por documento privado, sino también cuando por cualquiera otro medio de prueba se justifique la realidad de su constitución?

Aunque sea muy natural y muy justo que la ley haya procurado preservar á los que no traen causa de los contratantes, ó sea el tercero, de todo acto más ó menos reservado de aquellos que pudieran traducirse en perjuicio de su derecho, ni el título gratuito inherente á los derechos sucesorios, ni la representación que ostentan los herederos, ni la integridad de la herencia, en cuyo concepto ha de ser determinado el interés de los que de otro traen causa, para que sólo puedan estimarse como bienes en que hacer efectivo su derecho, los que resulten líquidos una vez deducidas las responsabilidades del causante, pueden aconsejar que, cuando se trata del contrato de prenda, están facultados los sucesores para desconocer lo que su causante no podría rechazar y se hallen los interesados en los bienes relictos autorizados para alterar en su eficacia las relaciones válidamente constituídas con el mismo.

La sola indicación de estos particulares revela, con harta claridad, las consecuencias perturbadoras que podría producir el sentido lato con que aparece redactado, respecto á la calificación de tercero, el citado art. 1.885 del Código, y por lo mismo me he decidido á completar su doctrina, asunto del primer párrafo del art. 1.638 del Proyecto, con el párrafo 2.° del propio artículo, para que ni entre los herederos ni entre los acreedores testamentarios ú otros interesados en los bienes por título sucesorio pueda tener aplicación la referida doctrina y servir de base para que los que tienen la obligación de respetar y cum-

plir los compromisos de su causante sean precisamente los facultados, según el Código, para desvirtuarlos por completo.

Artículo 1.886.—El primer párrafo de este artículo no puede ser considerado aisladamente. Tiene en el mismo Código su complemento en el art. 1.871, pudiendo afirmarse que si pudo ser precedente para la separación de estos dos artículos el proyecto de 1851 (artículos 1.771 y 1.778), debían haber comprendido los redactores del Código que era, no sólo preferible, sino necesario, para evitar ambigüedades, unificar la doctrina de los dos, á fin de que, al regular el derecho de retención de la cosa pignorada, pudiera, á primer golpe de vista, descubrir todo su alcance, ya que no se limita á la simple realización del crédito pignoraticio, según resulta del párrafo 1.° del artículo 1.866, sino que se extiende á cuanto por intereses y por gastos corresponda al acreedor en virtud de la prenda á su favor constituída, conforme viene á reconocerse en el también citado art. 1.871 del Código.

¿Qué diferencia sustancial puede haber en que el acreedor tenga derecho á retener la cosa pignorada hasta que se le pague el crédito, y en que el deudor no pueda pedir que le sea restituída contra la voluntad del acreedor mientras no tenga lugar dicho pago? ¿No equivale esto á un mismo concepto, aunque expresado en dos formas diferentes, una relativa á la persona del acreedor y otra referente á la persona del deudor? Y si esto es cierto, como lo es, y alcanza, por lo mismo, el derecho del acreedor á retener la cosa pignorada hasta que se halle satisfecho el crédito, sus intereses y los gastos y expensas necesarias para la conservación de aquélla, ¿á qué dividir en dichas dos formas distintas la materia relativa al derecho de retención, empleando para ello dos artículos, el 1.866 y 1.871, cuando en realidad bastaba suprimir éste y unificar la referida materia en un solo artículo, lle-

vando al primero de los dos últimamente citados todo cuanto respecto á intereses y expensas se halla contenido en el segundo?

He aquí la reforma que por el párrafo primero del artículo 1.639 del Proyecto resulta acerca del párrafo primero del artículo del que me estoy ocupando, debiendo añadir tan sólo, sobre este particular, que en dicha reforma se trata así de los intereses vencidos como de los de demora, para que no pudiera creerse que sólo los convenidos como accesorios del crédito en virtud del contrato, pudieran ser asunto del derecho de retención correspondiente, por la prenda, al acreedor pignoraticio.

También el párrafo segundo del art. 1.866 exige á mi juicio, la reforma que contiene el párrafo segundo del artículo 1.639 del Proyecto.

Trátase en dicho párrafo de lo que pudiera llamarse extensión del derecho de retener la cosa pignorada, para que ésta responda de cuantas deudas contraiga el deudor con el acreedor pignoraticio, si reunen la condición de exigibles antes del pago de la deuda que haya motivado la constitución de la prenda.

Como doctrina general, el Proyecto guarda en este punto completa conformidad con el Código.

La diferencia objeto de la reforma consiste en la necesidad de no olvidar que, con arreglo al último párrafo del artículo 1.857, el mismo Código autoriza para que las terceras personas extrañas á la obligación principal puedan asegurarla pignorando sus propios bienes.

En este caso, no puede menos de considerarse como justo que los compromisos y responsabilidades entre acreedor y deudor, anteriores ó posteriores, pero independientes del contrato de prenda, no pueden alterar ni modificar éste en perjuicio del tercero que la haya constituído, ni traspasar los límites en que por la respectiva convención se haya modelado, por decirlo así, la suje-

ción de la cosa pignorada y formalizado de esta suerte, con el dueño de la misma, el derecho real de prenda.

A buen seguro que el Código, al establecer con carácter absoluto la doctrina del párrafo segundo del artículo 1.866, lo habrá hecho en el sentido de que la prenda perteneciese al deudor. De otro modo, casi podría asegurarse que la facultad concedida á un tercero para constituirla resultaría completamente ilusoria, porque es indudable que la principal garantía del tercero, en semejante constitución, está en el carácter esencialmente voluntario del contrato y en la posibilidad, por tanto, de fijar por éste los limites de la sujeción de los bienes, sin que contra su voluntad quepa alterarlo por actos exclusivos del acreedor y deudor.

Haya ó no sido, pues, este criterio altamente justo el que haya presidido en la redacción de dicho artículo del Código; sea ó no su sentido general resultado de no haber tenido presente al redactarlo la referida posibilidad de que la prenda sea constituída por persona extraña á la obligación principal, entiendo que para evitar, por lo menos, cuestiones que obligarían á faltar á la letra de la ley, si no había de traducirse en perjuicio de tercero la prórroga de la retención autorizada en el mencionado artículo, es indispensable que éste solo sea aplicable al caso en que la prenda retenida haya sido constituída por el deudor y se trate, por consiguiente, de bienes ó pertenencias del mismo. Por lo demás, corresponde igualmente hacer extensivo á la referida prórroga lo que acerca de los intereses queda consignado en el citado artículo del Proyecto.

Artículo 1.867.—Así como respecto al artículo anterior acabo de hacer presente que los redactores del Código olvidaron, sin duda, la posibilidad legal de que pueda constituirse la prenda por un tercero, he de hacer notar también, acerca de la doctrina de este art. 1.867 del Có-

digo, que igualmente olvidaron sus redactores la posibilidad legal, también, de que se confiera á un tercero la posesión de la cosa pignorada.

Sus disposiciones se refieren únicamente al acreedor. Por la letra del artículo resultaría, por tanto, inaplicable al tercero á quien se hubiese conferido la referida posesión; y sin embargo, es evidente que así como dicho artículo no debe ser aplicable al acreedor pignoraticio que no está en posesión de la prenda, debe, no obstante, serlo al tercero á quien semejante posesión haya sido conferida.

Esperar que la jurisprudencia rectifique lo dispuesto en el mencionado artículo, á pretexto de que su letra es contradicción de su espíritu, es, no sólo un peligro constante por la incertidumbre que en el derecho necesariamente ha de ocasionar, sino que además es una confirmación de la necesidad de la reforma, á fin de que desaparezca la antinomia referida.

Pero la reforma de este artículo no debe limitarse á lo que acabo de expresar. Es menester completarlo, en previsión del caso en que el acreedor ó el tercero no restituyan la cosa cuando debieron hacerlo.

Fundada su doctrina en los deberes que lleva consigo la posesión ajena, precisa que sus efectos se extiendan por todo el tiempo que se tarde en su restitución, aun cuando hayan cesado la mayor parte de los efectos del contrato de prenda, por haber sido pagada la deuda que lo hubiere motivado.

Debe, sin embargo, tenerse presente el carácter abusivo de la retención de la prenda cuando, por el pago de la deuda, ha llegado ya el momento de la restitución; circunstancia por la cual, si el acreedor ó el tercero, cuando no existe aquel carácter en la conservación de la cosa, deben tener derecho al abono de los gastos, conviene, y aun es justo, que éstos les sean negados al sobrevenir

el abuso, siquiera como un estímulo para que cesen en él.

El art. 1.646 del Proyecto resuelve todos estos particulares, rectificando acerca de ellos el 1.867 del Código.

Artículo 1.869.—Respecto al primer párrafo de este artículo he de repetir algo de lo dicho en los artículos anteriores. Háse olvidado en su redacción que la prenda puede ser constituída por una persona extraña á la obligación principal.

Formulada su doctrina únicamente con relación al *deudor,* no parece sino que convierte á éste en dueño de la cosa pignorada y que prescinde por completo del dominio correspondiente á un tercero cuando es este último el que constituye prenda sobre sus propios bienes.

Es más: la necesidad de que el deudor siga siendo dueño de la cosa pignorada, mientras no llegue el caso de ser expropiado, según se expresa en dicho párrafo del mencionado artículo, podría fácilmente prestarse á una interpretación completamente errónea, mediante la hipótesis de que mientras subsista la prenda no pueda el deudor disponer de la cosa pignorada.

En esto, sin embargo, no hay verdadera exactitud. Será siempre indudablemente una gran dificultad, para que el deudor ó un tercero, dueño de lo pignorado, disponga de su dominio, la separación que por la prenda resulta entre el dominio y la posesión.

Pero como nada se opone á que contando con la voluntad del acreedor pignoraticio pueda realizarse aún la conjunción entre el *modo* y el *título,* si al dueño le conviene disponer de la cosa dada en prenda, es notorio que lo mismo en éste que en el sentido anteriormente indicado corresponde rectificar el primer párrafo del art. 1869, para que, refiriéndose á la *pertenencia* que derive de los actos realizados con asentimiento ó sin él del acreedor pignoraticio, se determine con independencia de éste el

dominio de la cosa pignorada durante la subsistencia de la prenda.

Más importante es aún la reforma relativa al párrafo segundo de dicho artículo, y que aparece también en el 1.648 del Proyecto.

Trátase, según el Código, de autorizar al acreedor pignoraticio para el ejercicio de cuantas acciones competan al dueño de la cosa, así para reclamarla como para defenderla contra tercero.

A ser esto cierto, como nota peculiar de la institución jurídica del derecho real de prenda, no podría menos de resultar una peligrosa confusión entre la misma y el dominio. Equivaldría, en una palabra, á exigir que por la prenda abdicara el dueño de la condición más esencial de su respectivo derecho; esto es, la acción reivindicatoria, la característica del dominio, siendo forzoso admitir, igualmente, que cabe que la acción reivindicatoria se ejercite por el que no es dueño.

Ya hice presente, al ocuparme del art. 1.863, cómo la separación entre la propiedad y la posesión, colocando en manos de personas diferentes lo relativo al *título* y lo referente al *modo* para la constitución de los derechos de propiedad, venía á facilitar la coexistencia de los derechos de cuantos por el contrato de prenda estuviesen interesados en la cosa pignorada, armonizándolos de modo que la garantía del acreedor pignoraticio no absorbiera la eficacia de los derechos del deudor ó del tercero, dueño á su vez de los bienes pignorados.

En este sentido la posesión estaba llamada á trazar, por decirlo así, la separación de acciones entre el dueño y el acreedor pignoraticio, ya que éste sólo necesita de las acciones posesorias para defender la eficacia del derecho real de garantía, cuando, sin culpa de su parte, se encuentre desposeído de la cosa pignorada, puesto que al fin, para defenderla contra tercero mientras retiene

la posesión, le bastan las demás acciones que, aparte de la reivindicatoria, puedan corresponder al que es dueño de la cosa.

Lo mismo el derecho de retener que el derecho de enajenar, derivaciones inmediatas y, podríamos decir, efectos característicos del derecho real de prenda, sólo exigen de parte del acreedor pignoraticio la defensa de la posesión de la cosa pignorada.

Si por cualquiera circunstancia se halla privada de la posesión, pero se halla en condiciones para poder restablecerla, las acciones posesorias son, no sólo el medio suficiente para conseguir ó reconstruir dicha condición de poseedor, indispensable en la prenda para retenerla y enajenarla, sino que son, además, el medio natural y propio del acreedor pignoraticio, el efecto inherente y peculiar del contrato y del derecho real de prenda, y el que, por tanto, no exige que á manera de privilegio, y salvando *sin necesidad* los límites propios de estas instituciones, se coloque al acreedor en el lugar del que es dueño.

El acreedor pignoraticio no puede, en justicia, obtener por el derecho real de prenda más medios para la defensa de ésta, cuando por cualquiera circunstancia no la tenga en su poder, que aquellos que para la constitución de la misma exige su respectiva naturaleza ó el contrato por el cual se formalice.

¿Cuál es este medio? Ya lo he dicho al ocuparme de la constitución de la prenda: la posesión. A las acciones posesorias, de consiguiente, debe fiarse la virtualidad de la prenda mientras ésta está llamada á producir sus efectos.

De otro modo, forzosamente habría de resultar que entregando, como entrega el Código, al acreedor pignoraticio todas las acciones que correspondan al dominio, así podría afirmarse que el dueño quedaba privado de la acción reivindicatoria, como que ésta asistía al dueño y al acreedor á la vez, y aun atribuirla, quizá, al tercero á

quien se hubiese confiado la posesión de la prenda; ó para expresarlo con más exactitud, á que la prenda llevara, como antes decía, la abdicación por parte del dueño de la acción esencial á su derecho, ó á que la acción reivindicatoria quedara desnaturalizada, perdiendo el carácter de acción *exclusiva* de la persona del dueño para pasar á ser acción común de dos ó más, y producir con tal motivo en la práctica del derecho la serie de perturbaciones contra las cuales es un obstáculo permanente el carácter exclusivo de semejante acción.

Si el acreedor pignoraticio puede llegar á tener necesidad de las acciones del dueño, ha de ser únicamente para defender la cosa contra las reclamaciones de un tercero, para mantener, en una palabra, en su persona los derechos de retener ó de enajenar en su caso la cosa pignorada, que son los que constituyen la utilidad jurídica peculiar al derecho real de prenda; pues es evidente que si por cualquiera persona se reivindica á título de dueño ó se ejercitan acciones que en concepto de cuasidueño, ó por otro de diversa índole, tendiesen á desvirtuar el derecho del deudor ó tercero que haya constituído la prenda, atribuyéndose el dominio de la misma, ó éstos están en el caso de rechazar la reclamación para mantener al acreedor pignoraticio en el disfrute de su derecho, ó es preciso y aun conveniente, para su mayor expedición, que en el ejercicio de semejante defensa se faculte al mencionado acreedor para hacer uso de las acciones del dueño, ya que precisamente las que éste pueda oponer á las reclamaciones de un tercero no son de carácter exclusivo como la acción reivindicatoria.

Artículo 1.872.—Completa este artículo regulando el derecho de enajenar el acreedor pignoraticio la cosa dada en prenda, los efectos del derecho real que ésta produce como expresión de la garantía especialísima que por ella se constituye.

Un punto, sin embargo, deja en cierto modo obscura la disposición referida.

¿Se limita la facultad del acreedor, como efecto de la prenda, á proceder por ante Notario ó en la forma prevenida en el Código de Comercio, según se trate ó no de valores cotizables en la enajenación de la cosa pignorada, ó podrá también acudir á la vía judicial cuando lo estime indispensable para el ejercicio de su derecho?

Aunque quepa considerar esto último, haciendo, como hace el artículo de que me ocupo, facultativo del acreedor el procedimiento extrajudicial, declarando que *podrá* utilizarlo, es lo cierto que como nada se expresa respecto á la facultad de provocar la enajenación en forma judicial, parece ésta excluída del derecho real de prenda, por más que pudiera considerarse utilizable como efecto de la acción personal derivada de la obligación principal que la prenda garantiza.

Importa, sin embargo, fijar bien este particular tan interesante, relativo á los derechos emanados de la prenda; porque si los del acreedor pignoraticio no han de excluir los del deudor ni los del dueño de los bienes pignorados, es natural que la ley que procura dar facilidades al acreedor para la realización de la garantía no se muestre menos diligente en todo cuanto, sin menoscabo de éste, demande la integridad de los derechos del deudor ó del dueño referido.

En lo relativo á este punto de armonía entre los derechos de los interesados en la prenda y por lo que concierne á la facultad de enajenarla, para hacer efectiva la garantía que preste, entiendo que el Código debía haber tenido presente que también al deudor puede interesarle la enajenación extrajudicial, para evitar las dilaciones y gastos que en el procedimiento judicial podrían producírsele; que así el deudor como el dueño de los bienes deben tener definidos sus derechos al sobrante que pudiera re-

sultar en la enajenación, para evitar que el acreedor tenga interés en dificultar su percibo; y que una vez reconocida la facultad de compensar como modo de extinguir las obligaciones (art. 1.202 del Código), sin excluir de semejante facultad las garantizadas con prenda, se está en el caso de franquear al deudor los medios indispensables para evitar que por el hecho de estar el acreedor en posesión de la prenda pueda provocar su enajenación extrajudicial, no obstante la compensación á que el deudor pudiera tener verdadero derecho.

Puntos son estos acerca de los cuales regulan la facultad de enajenar los artículos 1.641 al 1.645 del Proyecto, y con cuya doctrina entiendo que, tanto para la mayor precisión de lo dispuesto en el art. 1.872 del Código, como para concertar los derechos de los interesados en la cosa pignorada, debe ser completada la materia á que este artículo hace referencia.

CAPÍTULO III

De la hipoteca (según el Código civil).

Es curioso lo que ocurre con este capítulo del Código. Se conoce que el legislador anduvo vacilando sobre la separación que en materia jurídica corresponde á la institución de la hipoteca como derecho real, al contrato de hipoteca y á las demás relaciones por las cuales puede ser también constituída la hipoteca.

Ya hube de hacer presente, antes de ahora, que á esta perplejidad sin duda fué debido que el legislador prescindiese de la hipoteca al tratar del derecho de propiedad, sacrificando, por decirlo así, lo esencial de esta institución á lo que en ella tiene carácter en cierto modo accidental, toda vez que no es el contrato el único modo

para su constitución, y sólo como contrato la considera el Código.

A pesar de esta última circunstancia, que ponía ya tan de relieve la ley Hipotecaria (art. 138), no obstante los límites en que se encierra el asunto primordial de dicha ley, el legislador español, no sólo calificó de contrato á la hipoteca y trató de absorber en él cuanto por razón de la misma corresponde al derecho de propiedad, sino que llevó igualmente al contrato todo el contenido de la ley Hipotecaria referente á la constitución de la hipoteca (1.880 del Código), sembrando, como es natural, la duda de si debe ó no entenderse modificada dicha ley en lo que establece respecto á la constitución de las hipotecas sin necesidad de contrato.

Esto, sobre lo cual ya antes he tenido necesidad de hacer algunas indicaciones que no hay para qué repetir, ha venido á traducirse de igual modo en este capítulo III, donde aparece que aquella perplejidad del legislador, en lo relativo á la naturaleza de la institución hipotecaria, se ha manifestado doblemente respecto al modo de considerarla ó regularla.

Los artículos 1.874 y siguientes son buena muestra de que el legislador no acertaba á definir ni aun los límites en que venían á concertarse los distintos cuerpos legales llamados á desenvolver la institución de la hipoteca, y de que tal vez más que esto le preocupaba dar forma al referido capítulo por medio de unos cuantos artículos, en lugar de hacerlo con uno solo de mera referencia á la ley destinada á regular la citada institución.

Trasladar al Código, poco menos que íntegramente, los artículos 105 (art. 1.876 del Código) y 106 (1.874 del Código) de la ley Hipotecaria; establecer tres artículos, los 1.877, 1.878 y 1.879 del Código, con referencia á la extensión de la hipoteca, á la cesión ó enajenación del crédito hipotecario y á la facultad del acreedor para reclamar del

tercer poseedor de los bienes hipotecados; pero haciéndolo todo de un modo general y vago, para remitirse á la ley también en general respecto á lo que deba precisar la aplicación de dichos artículos en cuanto á las materias á que hacen referencia; dedicar un artículo (el 1.880) á dejar subsistente la vigencia de la ley Hipotecaria en lo concerniente á la forma, extensión y efectos de la hipoteca, así como en lo relativo á su constitución, modificación y extinción, y á todo lo demás que no haya sido comprendido en este capítulo del Código; y proclamar, en fin, el principio que resulta del párrafo primero del art. 1.875 del mismo Código, tan contrario á la naturaleza de la hipoteca como opuesto á la respectiva eficacia de las distintas relaciones por las cuales puede ser establecida, es, en resumen, el sistema adoptado para trazar en el nuevo cuerpo legal esta institución importantísima, respecto á la cual parece que no acaba de comprenderse bien si es un derecho real ó un contrato, ú otra relación distinta, ni qué función incumbe al Código, á la ley en general y á la ley Hipotecaria en particular, en el régimen de dicha institución, ni por qué cuerpos legales queda determinado este régimen, ni por cuáles han de regirse los efectos de dicha institución con relación á tercero.

Al fin, antes del Código nuestra legislación tenía un sistema que no por antiguo dejaba de ser más sencillo y preciso.

Regulada la hipoteca por los cuerpos legales del derecho patrio, aunque en algunos apareciese, en cierto modo, confundida con la prenda, quedaba reservado para la ley Hipotecaria y su Reglamento lo referente tan sólo á la eficacia de dicha institución con relación á tercero.

Estos límites fundamentales, bajo los cuales se informó la ley Hipotecaria, tanto por el propósito que presidió en su formación, como por la época en que se redactó, trazaban por sí solos una línea divisoria entre el régimen

hipotecario en general y el que especialmente se concretaba á señalar la eficacia del mismo respecto á tercero.

No es de este momento discutir el acierto que pudo haber al aceptarse este sistema en aquel tiempo en que nuestra legislación, ó estaba reducida á meras compilaciones, ó á leyes especiales, en tanto se pugnaba por dar unidad al derecho civil en forma de codificación, sobre todo desde el proyecto de 1851, por más que no quepa desconocer que en semejante situación, por decirlo así, transitoria, fué discreto aquel criterio limitativo que se atribuyó á la ley Hipotecaria para resolver la necesidad, cada vez más vivamente sentida, de conferir publicidad y especialidad á un régimen hasta entonces de un carácter indeterminado y en algún modo secreto.

Pero lo que no puede menos de parecer extraño es que precisamente al tratar de regular la institución de que me ocupo en la codificación del derecho civil, lejos de dar unidad al régimen de dicha institución, se altere aún la precisión que para él tenía el sistema adoptado por la ley Hipotecaria.

Ante todo, ni cabe hoy afirmar que la ley Hipotecaria quede reservada para la eficacia de la hipoteca con relación á tercero, ni tampoco que en la ley Hipotecaria, en su reglamento y en el Código se encierre cuanto atañe á la institución de la hipoteca.

Por algo se refiere el Código á la ley en general en los artículos 1.877, 1.878 y 1.879, así como lo hace especialmente á la ley Hipotecaria en sus artículos 1.875 y 1.880.

¿Debe creerse, no obstante, por esta distinción del Código, que el propósito del legislador, aun en aquellos artículos en que se refiere á la ley en general, fué sólo referirse á la ley Hipotecaria, en una palabra, que aunque el legislador distinguió en su expresión, no distinguió en su pensamiento?

Si esto hubiera sido, y toda vez que, como dejo expues-

to, habría resultado en tal caso que todo el contenido del cap. III, referente á la hipoteca, quedaba reducido á trasladar íntegramente dos artículos de la ley Hipotecaria y referirse enteramente á su doctrina en los cinco restantes, ¿no habría sido preferible, siquiera para dar unidad al sistema, haber declarado por un solo artículo, análogo al 1.880, que en todo lo referente á la institución de la hipoteca se estuviera á lo dispuesto en la ley Hipotecaria?

Después de todo, el resultado habría sido enteramente el mismo que el que aparece actualmente en el Código, siempre que deban entenderse por no hechas las distinciones antes indicadas en las referencias del mismo Código á la ley en general y á la ley Hipotecaria.

No desconozco, sin embargo, que quizá contuvo á los redactores del Código á adoptar semejante solución la idea de que por ella se elevaba á la ley Hipotecaria del modesto lugar que antes tenía en nuestro derecho en materia de hipotecas, como régimen de sus efectos con relación á tercero, á ser régimen único y absoluto de la misma institución, tanto para los terceros como para los interesados en su constitución.

Al fin este reparo puede aún considerarse dudoso, dados los términos del art. 1.880; porque si bien es verdad que la vigencia que en dicho artículo declara la ley Hipotecaria no ha de ir más allá del alcance que por sí sola tenía la mencionada ley, parece como que el intento del legislador fué extender su eficacia de tal suerte que resultara indispensable aun entre los interesados en la constitución y modificación de la hipoteca, lo que aquella ley exigía para que la hipoteca fuese eficaz con relación á tercero.

Y digo esto, porque precisamente se observa en el artículo 1.875 una reforma que, como antes hacía presente, no sólo viene á trastornar el régimen propio de la institución hipotecaria en todo lo que no corresponde á la efica-

cia de la hipoteca respecto á tercero, sino que es capaz de producir el trascendental efecto de arrancar del contrato y de las demás relaciones jurídicas por las cuales puede ser constituída la hipoteca, la validez y legitimidad de la misma, para fiarlas únicamente á la inscripción en el Registro de la Propiedad del documento que haya de servir para su formalización; lo cual, aparte de los peligros á que puede dar lugar la posible afirmación de no existir un gravamen, á pesar de haber sido convenido, equivale á una manifiesta contradicción de la doctrina del Código, según la cual la hipoteca es un contrato, pero según la cual resulta también que la eficacia del contrato no depende de su convención, sino sólo de su inscripción. ¿Qué queda, pues, del contrato de hipoteca, si comienza por declararse que la hipoteca convenida es como si no existiese; en una palabra, que ni aun para los contratantes queda, por el convenio, válidamente constituída?

Mas es preciso añadir: ¿cómo queda la institución hipotecaria por el sistema del Código, según el cual la hipoteca no es un derecho de propiedad (y por eso no lo trata en el libro II), sino sólo un contrato (y con este criterio lo trata en el libro IV), y un contrato de tal naturaleza, que el convenio por sí sólo es ineficaz aun entre los contratantes, debiendo servir para su régimen una ley llamada á establecer los efectos de los derechos reales con relación á tercero, y precisamente mediante el Registro, que por lo mismo se llama de la Propiedad, y todo esto completándolo con las disposiciones que dicten las leyes acerca de la extensión de la hipoteca, de la enajenación ó cesión del crédito hipotecario y de las facultades del acreedor para reclamar del tercer poseedor de los bienes hipotecados?

Véase qué serie de contradicciones lleva consigo el criterio del Código en materia de hipoteca: Se la somete al regimen de la propiedad, no obstante no comprenderla entre las instituciones de ésta ni reconocerla explícita-

mente como un derecho real; se la declara contrato, sin embargo de declararse también ineficaz la convención por sí sola; y no obstante estimarse subsistente la ley Hipotecaria en cuanto á ella, se la coloca bajo la acción de las leyes generales respecto á las tres últimas particulares que se acaban de expresar.

Mas ya decía que lo que resulta con más gravedad en el Código, es lo referente á la validez de la hipoteca ó, para expresarlo con más precisión, el contenido del párrafo 1.º del art. 1875.

Explícitamente establece este precepto que es requisito indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituída, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad.

No hay, pues, hipoteca válida mientras no tenga lugar esta inscripción; pudiendo afirmarse, á *contrario sensu,* que necesariamente es nula la hipoteca convenida mientras su inscripción no tenga lugar.

En este punto, los redactores del Código han ido mucho más allá de lo que hicieron los que redactaron la ley Hipotecaria.

Los ilustres jurisconsultos encargados de la redacción de dicha ley comprendieron perfectamente la separación que necesariamente debía existir entre el contrato de hipoteca (y cualquiera otra relación por la que pueda ser constituída) y la inscripción correspondiente en el Registro de la Propiedad.

Si hicieron á esta inscripción elemento decisivo de los efectos de la hipoteca con relación á tercero, respetaron íntegramente la eficacia de la relación originaria de la hipoteca (ya fuese el contrato, ya otra distinta) entre aquellos cuyo contrato ú otra relación se hubiese celebrado. Es más, puede afirmarse con entera exactitud que los redactores de la ley Hipotecaria se penetraron perfectamente de que la inscripción en el Registro no sólo no es

ni debe ser requisito esencial, ni aun mero requisito, para cuanto afecte á la validez ó nulidad del acto constitutivo de la hipoteca, sino que sólo es elemento capaz de afectar ó influir en los efectos que dicho acto haya de producir, y aun únicamente en la esfera especial de dichos efectos con relación á tercero.

La independencia entre la existencia y legitimidad del acto constitutivo y la eficacia de éste ó consecuencias que está llamado á producir, resultaba perfectamente definida, tanto por dicha ley Hipotecaria como por la lesgislación anterior á la misma, que no habían querido confundir ni subordinar la suerte de la legitimidad del acto á la suerte de algunos de sus efectos.

De esta independencia en el orden jurídico desprendíanse naturalmente resultados importantísimos.

Ante todo, no se desnaturalizaba el contrato de hipoteca cuando se la constituyera por convenio; no se daba lugar, en puridad, á que se afirmase que existía un contrato sin tener, sin embargo, verdadera eficacia entre los contratantes. Pero además, y esto sin duda es lo más importante en el terreno de la trascendencia de dicha separación, subordinada como quedaba la legitimidad y validez del acto constitutivo de la hipoteca á las condiciones características del acto mismo, sin necesidad de otro posterior como el de la inscripción, que por ser voluntario puede ser dependiente de la voluntad de cualquiera de los contratantes, resultaban éstos, é igualmente sus bienes, en las relaciones entre los mismos, comprometidos y ligados de tal suerte, que por la virtualidad propia del acto constitutivo, resultaban, digo, enteramente privados de la facultad de desconocer la existencia de la hipoteca y de poder, en su consecuencia, disponer como libres, de los bienes que por la constitución de este gravamen hubieren comprometido.

La sanción del art. 550 del Código penal en su pá-

rrafo 2.° respondió indudablemente á aquella separación é independencia que con arreglo á la legislación anterior al Código existía, en cuanto al gravamen de hipoteca, entre el acto constitutivo del mismo y la inscripción por la que conseguía eficacia aun respecto á tercero. Á buen seguro que el legislador, al formular dicha sanción en el Código penal, no se propuso ni pudo proponerse, dado el estado de nuestra legislación en aquella época, que dicha sanción alcanzase solamente al que dispusiese de una finca hipotecada sabiendo que la hipoteca estaba inscrita. La referida sanción había de alcanzar al que conocía la existencia del gravamen; y como la validez de éste no dependía entonces de la inscripción en el Registro, la sanción del Código penal se extendía, como era natural, á cuantos dispusieran de una finca como libre, después de haberla hipotecado por contrato ó de cualquiera otra manera.

Véase qué notoria trascendencia ha de producir, según su letra, la referida innovación que en nuestra tradicional legislación se ha introducido por el párrafo 1.° de dicho art. 1.875 del Código.

Antes de este Cuerpo legal, la hipoteca existía y era gravamen válidamente constituído, siquiera entre los que hubiesen otorgado el contrato, desde el momento de su celebración. Hoy, en semejante estado, según el art. 1.875, la hipoteca no existe; pero este es el efecto inherente á la declaración de que no queda válidamente constituída mientras el documento relativo á su constitución no esté inscrito en el Registro.

Aunque sea incumbencia ó facultad del acreedor hipotecario provocar la inscripción; aunque surjan dilaciones desde que la provoque hasta que se inscriba, así el deudor como sus bienes comprendidos en hipoteca resultan enteramente desligados de semejante gravamen, que no ha de tener validez alguna mientras no se verifica su inscrip-

ción, y que no ha de impedirles, por tanto, afirmar, con rigurosa sujeción al Código, que sus bienes no están gravados; lo cual, según fácilmente se penetra, equivale á poner en mano del deudor un arma poderosísima para realizar impunemente toda clase de defraudaciones.

Dígase si el referido empeño de reputar requisito relativo á la legitimidad y validez del gravamen lo que sólo ha sido siempre en nuestro derecho y ha debido ser elemento referente á la eficacia del gravamen con relación á tercero, no ha conducido á que dicha variación pueda traducirse en una patente en corso entregada al que comprometa sus bienes en hipoteca, para realizar defraudaciones sorteando el Código penal, guarecido y amparado precisamente por la expresada innovación introducida en el Código Civil.

No se diga que el Código Penal no ha sido modificado; porque, en este punto, ni el Código Penal podía hacer otra cosa de la que hizo, en cuanto al párrafo 26 del artículo 550 de dicho cuerpo legal, ni podía dejar de producir efectos distintos aquel articulado de nuestra legislación represiva, según subsistieran ó se modificaran en el orden del derecho civil los requisitos necesarios para la constitución de los gravámenes ó derechos reales sobre las cosas.

El derecho penal no estaba en el caso de definir el gravamen. Esto es asunto de la exclusiva incumbencia de la legislación civil, correspondiendo tan sólo á la criminal fijar, como hizo, la sanción correspondiente cuando se comete abuso, una vez que tenga ya el gravamen validez ó legítima existencia.

Además, como según la legislación anterior al Código, el que había comprometido sus bienes en hipoteca no podía menos de conocer la existencia del gravamen precisamente por su intervención en el acto constitutivo, el

abuso *á sabiendas* surgía inmediatamente dada la fecha del convenio en que se hubiese establecido.

Pero como después del Código la constitución *válida* del gravamen depende de un acto posterior separado del contrato y de posible realización por persona distinta del dueño de los bienes hipotecados, el alcance de aquella patente en corso se extiende aun después de inscrito el gravamen, siempre que ignore la inscripción en el Registro el que cometa la defraudación. El abuso á sabiendas antes no necesitaba prueba, ésta surgía necesariamente de la intervención en el convenio; el abuso á sabiendas hoy, necesita que se justifique que aquel á quien se impute tenía conocimiento de la inscripción en el Registro.

No se diga, tampoco, que frente á esta situación perturbadora podía invocarse el art. 1.862 del mismo Código Civil; porque después de todo, este artículo, no sólo se remite, del mismo modo que lo hace el 550 del Código penal, á las condiciones que son necesarias para la existencia ó validez de la hipoteca en lo que atañe á la posibilidad de incurrir en defraudación, sino que se contrae únicamente á la promesa de constituir hipoteca, que es cosa por todo extremo distinta del contrato de hipoteca, aunque sea considerándolo mientras no haya sido inscrito.

Al fin el contrato de hipoteca será siempre un acto cuyo documento es inscribible; no así la promesa de constituir hipoteca, pues el acto que la caracteriza sólo puede conducir á que se realice el contrato mediante el cual sea posible la referida inscripción.

Es tanto más extraño el criterio seguido en el Código Civil respecto á la hipoteca, cuando puede decirse que para ello ha sido preciso proceder con verdadera oposición á lo prevenido en la ley de Bases para la redacción de dicho cuerpo legal, toda vez que ni por el Proyecto de 1851, ni por la legislación vigente anterior al nuevo Código, á cuyas fuentes hacía referencia la primera de

dichas bases, ni por la ley Hipotecaria, á cuya especial doctrina se refería la base 26, cabía formular, como corrección de todas estas fuentes, un principio tan radical y abiertamente contrario á justicia, peligroso por demás y perturbador de todo nuestro derecho, como el establecido en dicho párrafo 1.º del art. 1.875.

Ya el art. 1.786 del proyecto de Código de 1851 había caracterizado en este punto, de una manera bien clara, que la necesidad de la inscripción no afectaba á la validez del título, sino que solamente interesaba á la eficacia del mismo para utilizarla contra tercero.

Aquel criterio tan terminante fué explícitamente aceptado por la ley Hipotecaria; y por esto, en la imposibilidad de encontrar precedente en nuestra legislación para una disposición tan aventurada como la de la referida innovación del Código Civil, sólo puedo imaginar que quizás la confusión en que incurrieron los redactores de dicho Código, en cuanto al referido particular, haya sido debida á lo prevenido en el art. 159 de la ley Hipotecaria, respecto á las *hipotecas legales*, cuando declara que para que éstas se entiendan constituídas se necesita la inscripción del título en cuya virtud se constituyen.

Generalizar este criterio resultante del texto literal del referido artículo de la ley Hipotecaria fué probablemente el pensamiento de nuestros redactores del Código Civil.

Lo que aquella ley prevenía tan sólo para las hipotecas legales, se hizo extensivo por el Código á toda clase de hipotecas.

En este punto, á buen seguro que el legislador creyó enmendar el recto juicio que inspiró la mayor parte de los artículos de la ley Hipotecaria; pero, desgraciadamente, se dejó llevar por el sentido literal de una disposición que distaría bastante de corresponder á su espíritu, si no fuera por el lugar que ocupa en dicha ley y la especialidad á que en la misma se refiere (la hipoteca legal): todo lo cual

debía haber hecho comprender al legislador español que corría gran riesgo de incurrir en error si no procuraba meditar sobre el verdadero sentido de aquel artículo, tratándose de una ley tan perfecta para su tiempo como lo fué nuestra ley Hipotecaria.

Los redactores de ésta no habían olvidado, ni al tratar de la hipoteca en general, ni de las hipotecas voluntarias, lo que únicamente debían exigir para las hipotecas legales, pues comprendieron perfectamente que las primeras, en lo relativo á su origen, se diferenciaban esencialmente de las últimas.

Lo que principalmente caracteriza á éstas, aun por la misma ley Hipotecaria, consiste en la facultad de exigir su constitución, y precisamente á esta facultad es á lo que, en su fondo, hacía referencia el citado art. 159 de la ley Hipotecaria.

Ante la necesidad de señalar cuándo terminaba el ejercicio de semejante facultad, para que por una misma causa no pudieran ser exigidas distintas hipotecas legales; en la precisión, en una palabra, de ofrecer al obligado á constituir cualquiera de estas hipotecas un elemento de defensa contra el múltiple ejercicio de aquella facultad por parte de la persona con derecho á obtener hipoteca legal, comprendieron los redactores de la mencionada ley que era indispensable dictar alguna disposición á fin de que el obligado pudiera oponerse abiertamente á semejante exigencia, desde el momento en que la hipoteca quedara formalizada en condiciones de plena eficacia con relación á tercero.

No discutiré si fué ó no feliz la redacción de dicho artículo (159 de la ley Hipotecaria) para dar forma legal á la necesidad expresada. Entiendo que era preferible haberlo redactado en términos análogos á los del art. 1.620 del Proyecto, señaladamente en su párrafo segundo, puesto que si la inscripción de la hipoteca legal es requi-

sito para que se entienda constituída, es sólo para el efecto de poner un límite á la facultad de exigirla, ó lo que es lo mismo, de no poder pedir ya la constitución de otra hipoteca por la misma causa, utilizada al constituir una primera.

Por lo demás, lo mismo las hipotecas legales que las hipotecas voluntarias eran y deben ser hipotecas válidas desde el otorgamiento del título por el cual se constituyen. La inscripción, de consiguiente, queda tan sólo para completar su régimen respecto á ciertos efectos, á saber: en general, con relación á tercero; y en lo que atañe á las hipotecas legales, para determinar el momento desde el cual no quepa por una misma causa exigir nueva hipoteca.

De todos modos, según resulta de lo que ya queda expuesto, el Código, salvo en la referida innovación que reclama su reforma, se remite más ó menos explícitamente á la ley Hipotecaria en cuanto concierne al régimen de la hipoteca; puede decirse que para el examen de las demás reformas que sean necesarias en lo peculiar á esta institución es preciso que, dejando á un lado el Código, me dirija á examinar los artículos que acerca de esta importantísima materia están contenidos en la ley Hipotecaria.

Al tratar de esta ley , dos observaciones, no obstante, me he de permitir respecto al examen de la misma para las reformas que estimo indispensables en materia de hipotecas.

Es la primera que, aun cuando la hipoteca desempeña un papel importantísimo en la mencionada ley, no es, sin embargo, á pesar de su inadecuada denominación, el objeto capital que inspiró su formación.

Antes de ahora he manifestado á este propósito que lo característico de la ley Hipotecaria consiste en establecer el régimen por el cual pudieran los derechos de propiedad ser plenamente eficaces con relación á tercero.

Si con este motivo reguló especialmente la institución

de la hipoteca, no deja de ocupar esta institución tan sólo una parte de la mencionada ley, por más que en dicha parte se comprendan dos materias que exijan debida separación: la relativa á la naturaleza, virtualidad y clasificación general de la hipoteca, que es precisamente lo que la caracteriza como gravamen ó derecho de propiedad, en cuyo sentido la desenvuelve el Proyecto en el cap. II del tít. I, lib. III; y la relaliva á las relaciones que motivan la constitución de las hipotecas legales, relaciones de carácter necesario, fundadas en motivos de pública utilidad y que por esta circunstancia tienen lugar en el Proyecto, en el cap. IV del tít. I, lib. IV, puesto que las relaciones de carácter voluntario, ya sea el contrato, el testamento, etc., etc., por las cuales puede ser constituída, vienen comprendidas en el tít. II del mismo libro.

Y es la segunda observación que, aun cuando el Código se refiere á la ley Hipotecaria, implicitamente debe entenderse también á su Reglamento, sobre todo cuando es sabido que muchas de sus disposiciones son de carácter esencialmente sustantivo, pudiendo afirmarse que más bien son complementarias que mero desenvolvimiento de lo prevenido en la ley; y por lo cual, aparte de las disposiciones que contiene para lo referente á la justificación de los derechos, que habrá de ser en su día materia del libro V del Proyecto, he de ocuparme también ahora de aquellos de carácter sustantivo, si con ocasión de las reformas que propongo, para incluir en el Código todo lo referente á la ley Hipotecaria, ha de darse unidad á las distintas instituciones tratadas en dicha ley.

Como corolario de estas dos observaciones, encaminadas á presentar cuanto concierne al régimen de la hipoteca como gravamen ó derecho de propiedad, á fin de precisar los artículos de la ley Hipotecaria de que he de ocuparme en este lugar, resulta que han de ser solamente

los relativos á la naturaleza, efectos y clasificación en general de la hipoteca, tanto en lo que acerca de estos particulares comprende la ley Hipotecaria (Título V de dicha ley en sus dos primeras secciones y parte general de la tercera) como en lo que relativamente á los mismos contiene su Reglamento.

CAPÍTULO IV

De la hipoteca (según la ley Hipotecaria).

SECCIÓN PRIMERA

De las hipotecas en general.

Artículo 105.—Este artículo, que es uno de los dos que han sido trasladados casi íntegramente al Código Civil (art. 1.876), si bien contiene un principio notoriamente adecuado á la naturaleza del gravamen que caracteriza la hipoteca, y en cuyo sentido informa el párrafo 1.° del art. 1.561 del Proyecto, necesita sin embargo del complemento que conforme al Proyecto resulta en el párrafo segundo de dicho artículo, para que la sujeción de los bienes á que hace referencia tenga, por sus circunstancias, la virtualidad práctica que há menester el precepto legal en que resulte establecido.

De sobra se comprende que la sujeción de los bienes por virtud de la hipoteca ha de depender esencialmente del derecho de propiedad de aquel por quien la hipoteca se constituye. Y esto, que es evidentísimo tratándose de las cosas corporales inmuebles, es doblemente necesario que la ley lo precise tratándose de los derechos reales sobre los cuales se constituya hipoteca, porque de su respectiva naturaleza y utilidad jurídica, y por lo tanto de la clase ó forma de propiedad que caracterizan, ha de de-

pender la condición de que sean ó no susceptibles de hipoteca.

¿De qué sirve declarar que la hipoteca sujeta los bienes sobre que se impone al cumplimiento de la obligación que garantiza, si por otra parte no se expone la relación que necesariamente ha de existir entre dicha sujeción y el derecho de propiedad del que constituye hipoteca?

Precisamente en esta relación ha de descansar la virtualidad del referido principio consignado en el citado art. 105 de la ley Hipotecaria, sobre todo cuando el Código Civil, no sólo parece haber reparado en calificar expresamente de derecho real á la hipoteca, sino que, como ya he tenido ocasión de advertir, ha excluído enteramente su desarrollo del libro destinado á tratar de los derechos de propiedad.

El Proyecto que acompaño, por el contrario, ha procurado ante todo incluir entre estos derechos lo que es esencial en la hipoteca, esto es, su valor jurídico como derecho real expresivo de un gravamen, y característico, por tanto, de una de las formas del derecho de propiedad. Y no sólo ha fiado la eficacia práctica de este criterio al lugar que ocupa en la estructura del Código, sino que explícitamente ha reconocido semejante valor jurídico en el art. 1.560, y ha formulado también explícitamente por el párrafo 2.° del art. 1.561, aquella relación necesaria de la que, según decía, depende el verdadero alcance del principio consignado en el art. 105 de la ley Hipotecaria, cual si se estableciera igualmente que la sujeción que la hipoteca produce ha de entenderse, en todo caso, con las mismas condiciones y limitaciones á que esté sujeto el derecho de propiedad de aquel que la constituye.

Que esto no se haya consignado en la ley Hipotecaria no tiene nada de particular, recordando que el objetivo primordial de aquella ley no consistía en regular la institución de la hipoteca y las demás á que hace referencia

relativas al derecho de propiedad, sino sólo establecer el régimen mediante el cual dichas instituciones han de extender su eficacia respecto á tercero.

Pero que la referida salvedad se haya omitido en el Código Civil, llamado á informar las distintas instituciones de esta esfera de derecho, tanto en sus efectos, como, y muy principalmente, en la determinación de su existencia y validez, es realmente inexplicable, sobre todo si se considera que, aun cerca de este punto, la citada disposición del Proyecto que acompaño tuvo ya su precedente en el Proyecto del Código de 1851 (art. 1794), para haber podido y propiamente debido, con arreglo á la ley de Bases, no dejar de utilizarlo en el Código Civil.

También el Código mejicano (art. 1.976) consigna la misma doctrina, que es, después de todo, tan indispensable, que bien puede asegurarse que habrá de constituir siempre un postulado necesario para determinar el valor jurídico de cualquiera hipoteca, y que, por lo mismo, debe la ley establecerle, para no entregar un punto tan importante á las controversias consiguientes á todo lo que esté basado en una mera hipótesis, por fundada que ésta sea.

Quizás se haya prescindido de dicha declaración en el Código con motivo de haber introducido, por el art. 1.875, la grave innovación á que hace poco me refería.

No debiendo la hipoteca, según el Código, quedar válidamente constituída mientras no esté inscrito en el Registro el documento de su constitución, creyeron quizás los redactores de dicho cuerpo legal que era innecesario declarar la dependencia de la hipoteca respecto á las condiciones del derecho de propiedad del constituyente, porque si éstas no la permitían, no llegaría á formalizarse su inscripción.

Pero esto equivaldría únicamente á un simple traslado de la referida cuestión, esto es, á presentar, con ocasión de los documentos inscribibles, la cuestión que en reali-

dad surge respecto á la legitimidad y existencia de la hipoteca.

No basta, pues, que, fiando en lo que se haga por el Registrador, se prescinda en la ley de exigir que la hipoteca no traspase los límites del derecho de propiedad del constituyente. En este caso, imitando en cierto modo precedentes del moderno derecho germánico y de las colonias inglesas, acerca de los cuales ya he tenido ocasión de decir en otro lugar de esta obra la preferencia que á mi juicio merece nuestra legislación hipotecaria, llegaríamos al extremo de poder ser desposeído el propietario por los actos del Registro, con más ó menos indemnización por parte del poder público.

Lo esencial en la hipoteca no ha de depender del mayor ó menor acierto del Registrador al inscribirla; hay más: la ley debe trazar al Registrador la pauta á que ha de atenerse al formalizar la inscripción; y bien sea para este efecto, bien para dar origen á la hipoteca independientemente de la inscripción, la ley no puede menos de señalar que el valor jurídico de toda hipoteca ha de depender de la legalidad con que proceda el que la constituya y, por tanto, de las condiciones y limitaciones por las cuales se caracterice el derecho de la propiedad que por la hipoteca se compromete.

Artículos 106 y 107.—Sobre la declaración contenida en el art. 106, que es otro de los dos preceptos trasladados íntegramente al Código Civil (art. 1.874), sólo he de recordar en este momento lo que con ocasión de la servidumbre de usufructo hube de decir acerca de esta institución.

El concepto general de derechos reales enajenables, empleado en dicho artículo, había de depender del contenido que por esta condición pudiera alcanzar el referido concepto.

Ya dije á este propósito, al tratar del usufructo, que sin duda ante la contradicción que acerca de este particu-

lar presentaba nuestra ley Hipotecaria, consideraron los redactores del Código que debían salvar dicha contradicción reconociendo al usufructo como derecho enajenable.

Pero si esto pudo hacerse eludiendo la necesidad de caracterizar el valor jurídico del usufructo, que es lo que ya demostré que resulta por desgracia en el Código Civil, difícilmente habría podido conseguirse si, á semejanza del Proyecto que acompaño, se hubiese procurado ante todo precisar en cada institución su respectiva naturaleza.

Esta necesidad, que me obligó, según dije, á separarme del Código en la declaración que contiene su art. 480, para atenerme al criterio constante de nuestra legislación en materia de usufructo, es lo que en este momento me hace llamar la atención sobre el art. 106 de la ley Hipotecaria, porque realmente envuelve una contradicción con lo dispuesto en este artículo, lo prevenido en el número 2.° del artículo siguiente.

Si los derechos reales sólo pueden ser hipotecados cuando son enajenables, ¿cómo podría autorizarse la hipoteca del usufructo tratándose de una legislación que no permitía su enajenación?

Esta contraposición, que no pudo menos de presentarse á los redactores de la ley Hipotecaria, hubo de salvarse entonces recurriendo á la sutileza de suponer que el derecho de percibir los frutos en el usufructo era cosa distinta del mismo usufructo, aun cuando semejante sutileza hubiera de cimentarse en la idea de que, no obstante no poderse enajenar el continente, ó lo más, esto es, el usufructo, fuera posible enajenar el contenido, ó lo menos, á saber, el derecho á percibir los frutos.

Siempre ha sido cosa por demás difícil penetrar el deslinde que la misma ley Hipotecaria no llegó á precisar entre el usufructo y el derecho á percibir los frutos, para señalar las facultades que, independientemente de aquél,

dad surge respecto á la legitimidad y existencia de la hipoteca.

No basta, pues, que, fiando en lo que se haga por el Registrador, se prescinda en la ley de exigir que la hipoteca no traspase los límites del derecho de propiedad del constituyente. En este caso, imitando en cierto modo precedentes del moderno derecho germánico y de las colonias inglesas, acerca de los cuales ya he tenido ocasión de decir en otro lugar de esta obra la preferencia que á mi juicio merece nuestra legislación hipotecaria, llegaríamos al extremo de poder ser desposeído el propietario por los actos del Registro, con más ó menos indemnización por parte del poder público.

Lo esencial en la hipoteca no ha de depender del mayor ó menor acierto del Registrador al inscribirla; hay más: la ley debe trazar al Registrador la pauta á que ha de atenerse al formalizar la inscripción; y bien sea para este efecto, bien para dar origen á la hipoteca independientemente de la inscripción, la ley no puede menos de señalar que el valor jurídico de toda hipoteca ha de depender de la legalidad con que proceda el que la constituya y, por tanto, de las condiciones y limitaciones por las cuales se caracterice el derecho de la propiedad que por la hipoteca se compromete.

Artículos 106 y 107.—Sobre la declaración contenida en el art. 106, que es otro de los dos preceptos trasladados íntegramente al Código Civil (art. 1.874), sólo he de recordar en este momento lo que con ocasión de la servidumbre de usufructo hube de decir acerca de esta institución.

El concepto general de derechos reales enajenables, empleado en dicho artículo, había de depender del contenido que por esta condición pudiera alcanzar el referido concepto.

Ya dije á este propósito, al tratar del usufructo, que sin duda ante la contradicción que acerca de este particu-

lar presentaba nuestra ley Hipotecaria, consideraron los redactores del Código que debían salvar dicha contradicción reconociendo al usufructo como derecho enajenable.

Pero si esto pudo hacerse eludiendo la necesidad de caracterizar el valor jurídico del usufructo, que es lo que ya demostré que resulta por desgracia en el Código Civil, difícilmente habría podido conseguirse si, á semejanza del Proyecto que acompaño, se hubiese procurado ante todo precisar en cada institución su respectiva naturaleza.

Esta necesidad, que me obligó, según dije, á separarme del Código en la declaración que contiene su art. 480, para atenerme al criterio constante de nuestra legislación en materia de usufructo, es lo que en este momento me hace llamar la atención sobre el art. 106 de la ley Hipotecaria, porque realmente envuelve una contradicción con lo dispuesto en este artículo, lo prevenido en el número 2.° del artículo siguiente.

Si los derechos reales sólo pueden ser hipotecados cuando son enajenables, ¿cómo podría autorizarse la hipoteca del usufructo tratándose de una legislación que no permitía su enajenación?

Esta contraposición, que no pudo menos de presentarse á los redactores de la ley Hipotecaria, hubo de salvarse entonces recurriendo á la sutileza de suponer que el derecho de percibir los frutos en el usufructo era cosa distinta del mismo usufructo, aun cuando semejante sutileza hubiera de cimentarse en la idea de que, no obstante no poderse enajenar el continente, ó lo más, esto es, el usufructo, fuera posible enajenar el contenido, ó lo menos, á saber, el derecho á percibir los frutos.

Siempre ha sido cosa por demás difícil penetrar el deslinde que la misma ley Hipotecaria no llegó á precisar entre el usufructo y el derecho á percibir los frutos, para señalar las facultades que, independientemente de aquél,

importaba semejante derecho, especialmente en el caso en que hubiera de hacerse efectiva la referida hipoteca.

La realidad ó, mejor dicho, la práctica hizo que más bien ambas cosas se confundieran y que, al fin, se aceptara el derecho á percibir los frutos como sinónimo del usufructo, atribuyéndose á la realización de aquél los efectos peculiares ó exclusivos del último.

No he de repetir en este lugar lo que acerca de dicho punto dejo expuesto al tratar del usufructo. Me basta recordar solamente que los redactores del Código, comprendiendo la necesidad de hacer cesar de una vez aquella distinción sutil de la ley Hipotecaria, que forzosamente había de conducir á la confusión antes referida, se pronunciaron en favor de la enajenación del usufructo, como si dicha enajenación no fuese abiertamente contraria á la naturaleza de semejante derecho real, aun dentro de las propias doctrinas del Código, reguladoras de la misma institución, y no hubiera de contrariarse el criterio de nuestro tradicional derecho que la ley Hipotecaria sólo se atrevió á barrenar en este punto concreto, dejando á salvo el principio en que descansa, dentro del derecho de propiedad, la verdadera independencia de dicha institución.

Expuestas ya con tal motivo las razones contrarias á la solución adoptada por el Código, se comprende fácilmente que, al tratar la materia á que se refiere el art. 107 de la ley Hipotecaria, no podía menos de eliminarse de sus disposiciones cuanto acerca del usufructo se comprende en el segundo de sus números.

Aun con la innovación del art. 480 del Código, se hacía preciso reformar en dicho número el contenido del artículo 107 de la ley Hipotecaria, para prescindir del llamado derecho á percibir los frutos y estimar resueltamente hipotecable el usufructo, si bien con las salvedades ó restricciones que el citado artículo contiene y que con-

firman una vez más la necesidad de acudir á tortuosos derroteros para atribuir á la institución del usufructo un valor jurídico que por naturaleza no puede corresponderle.

Con la reforma que hago en el Proyecto que acompaño, la modificación de dicho artículo de la ley Hipotecaria, en lugar de consistir en que se admitiera para el usufructo la hipoteca que sólo se admitía para el llamado derecho de percibir los frutos, ha de consistir, por el contrario, en eliminar resueltamente semejante hipoteca restringida, de conformidad con el principio del núm. 2.° del art. 106 de la ley Hipotecaria y 2.° también del 1.874 del Código, por la imposibilidad de ser objeto de hipoteca los derechos reales de carácter esencialmente personal y que, por lo mismo, carecen de la condición de enajenables.

Pero la modificación del art. 107 de la ley Hipotecaria debe alcanzar también al tercero de sus números, para eliminarla igualmente, aun cuando por motivos distintos, de la eliminación del segundo.

El objeto de dicho artículo, según expresa su peculiar introducción, es tratar de los bienes ó derechos que pueden hipotecarse, pero con restricciones. Mas la verdad es que el derecho de mera propiedad, constituyendo como constituye un derecho enteramente distinto del usufructo, no sólo puede ser enajenado sin restricción alguna en los efectos que produce, sino que, por lo mismo, cabe perfectamente someterlo al gravamen de hipoteca, alcanzando ésta á todos los efectos del mismo. Es, de consiguiente, extraño que se incluya á semejante derecho entre aquellos que sólo con restricciones pueden ser hipotecados, pues en el propio enunciado de dicho art. 107 se descubre fácilmente, que lejos de ser hipotecable con restricción, permite la extensión de la hipoteca.

Por esto no he podido menos de considerar que el verdadero lugar en que debe colocarse la norma en que ha

de ser presentada la doctrina del núm. 3.° del art. 107 de la ley Hipotecaria es formando un artículo especial entre los que se ocupan en dicha ley de la extensión de la hipoteca, y llevando por analogía al mismo artículo nuevo que á este efecto formula el 1.573 del Proyecto la extensión que también puede tener la hipoteca por consolidación de los dominios directo y útil, cuando sobre alguno de ellos pese el referido gravamen.

He de observar, sin embargo, con relación á dicho número 3.° del art. 107 de la ley Hipotecaria, que en él aparece admitido un principio, no sólo peligroso, á mi juicio, sino en realidad contrario á derecho, y por cuyo motivo no ha sido reproducido en el mencionado art. 1.573 del Proyecto, en que se trata de la materia de que se ocupa dicho núm. 3.°

Consiste dicho principio en la salvedad con que termina este número, disponiendo que esta extensión de la hipoteca por consolidación del usufructo con la propiedad sólo tendrá lugar cuando no se haya pactado lo contrario; es decir, se admite implícitamente que el propietario y el acreedor hipotecario puedan, por pacto expreso, limitar la naturaleza y efectos del derecho de propiedad del primero, aunque sea para evitar aquellos que por ministerio de la ley se producen por el hecho de la consolidación.

He aquí un problema de señalado interés en el derecho, y muy especialmente para la legislación hipotecaria. Y lo considero así porque, aun cuando se vislumbre que sin duda los redactores de la ley Hipotecaria se propusieron mantener con la referida salvedad en favor del propietario ó del dueño de la mencionada propiedad la libertad para disponer del usufructo después de la consolidación, sin obstáculo alguno por parte de los interesados en la hipoteca constituída sobre la mera propiedad, única utilidad jurídica capaz de resultar del referido principio en

que se pospone, en materia de equidad el régimen de la ley á la voluntad de las partes, se penetrará fácilmente, á poco que se medite, que semejante utilidad jurídica implicaría, no sólo dicha posposición, sino que equivaldría á un privilegio especial contrario á la naturaleza del derecho de propiedad y á la función que debe quedar reservada al propietario en el régimen de la misma.

Ya he indicado hace poco que precisamente en la ley Hipotecaria no aparecía expresamente consignada la doctrina á que hacía referencia el art. 1.794 del Proyecto de 1852 y el art. 1.976 del Código mejicano, respecto á que la sujeción ó derecho real que lleva consigo la hipoteca ha de entenderse en todo caso con las mismas condiciones y limitaciones á que esté sujeto el derecho de propiedad del constituyente; lo cual es tan lógico y tan justo, que ya indicaba también que, no obstante el silencio de la ley, ha de ser hipótesis necesaria en la constitución de toda hipoteca.

Pues bien, aplicación de esta misma doctrina que ya dije consignaba el Proyecto en el párrafo 2.° de su artículo 1.561, ha de ser igualmente la necesidad de prescindir de aquella salvedad con que termina el mencionado núm. 3.° del art. 107 de la ley Hipotecaria, toda vez que semejante salvedad equivale á admitir que el gravamen de hipoteca puede ser constituído sobre alguno de los efectos del derecho de propiedad del dueño, en lugar de tener que serlo sobre la integridad del mencionado derecho.

El dueño ó pleno propietario podrá desprenderse de algunas de las utilidades jurídicas comprendidas en el derecho dominical; podrá, en una palabra, constituir un usufructo, limitar su dominio en forma de servidumbre, dividirlo, dando origen al censo enfitéutico; pero lo que no puede hacer, revelándose por su sola indicación el contrasentido jurídico, es gravar con hipoteca cualquiera

de estos desprendimientos posibles del dominio, mientras no se haya constituído el derecho de propiedad peculiar á cada uno.

El pleno dueño, mientras lo es, no puede hipotecar, por ejemplo, un usufructo que no existe, ni un censo que no se ha llegado á constituir. O ha de hipotecar su pleno dominio, ó no puede constituir hipoteca de otro modo.

En lo que el dueño puede proceder por partes en la constitución del gravamen de hipoteca, es tan sólo en lo relativo á la cosa corporal de que es propietario, ó en lo relativo á la cantidad ó valor que dicha cosa corporal pueda tener.

En su libertad está hipotecar una parte de la finca ó limitar la hipoteca á cantidad determinada; pero no está en sus facultades fraccionar su derecho de propiedad para el efecto de constituir el gravamen de hipoteca.

La hipoteca recae y ha de recaer siempre sobre la integridad del derecho del propietario; y por esto, ni hay posibilidad por parte de éste de salvar, por pacto expreso, los efectos de la consolidación, cuando al constituir hipoteca sólo sea nudo propietario, ni hay tampoco posibilidad de contrarrestar los efectos que, por ministerio de la ley, la consolidación produce en el derecho de propiedad restringido por la servidumbre de usufructo; porque al fin el nudo propietario es pleno propietario condicional para los casos en que legalmente deba cesar la referida servidumbre, y el derecho propio sobre el cual ha de constituir hipoteca lleva consigo los efectos inherentes á dicha condición, por la cual la hipoteca, en su caso, ha de extenderse á la plena propiedad.

Así, pues, la extensión que se reconoce en el núm. 3.º del art. 107 de la ley Hipotecaria no es ni puede ser arbitraria, sino que está fundada en las condiciones peculiares é inherentes al derecho en que consiste la nuda propiedad. Por esto no puede quedar entregada á la voluntad

de las partes ni servir de objeto al pacto en contrario á que hace referencia dicho núm. 3.°

Para ello sería preciso generalizar dicho principio y admitir, como doctrina general, que el pleno dueño, sin constituir usufructo ni dividir su dominio, pudiera hipotecar el usufructo ó el censo.

Es más: la admisión de aquel pacto equivale á declarar que la consolidación cuando se realiza, sólo es eficaz respecto á la persona del propietario y no respecto á la cosa apropiada ó derechos constituídos sobre la misma, atribuyendo con tal motivo carácter más bien personal que real á los efectos de la consolidación; así como ofrece ocasión para que la acción hipotecaria, que en tal caso ha de concretarse á la nuda propiedad, no obstante haberse verificado la consolidación, sea bastante por sí sola á provocar, contra los principios en que descansan la división y la modificación del dominio, que esta situación pueda realizarse contra la voluntad del propietario; y por último, ha de originar, además, una vez realizada la consolidación, graves dificultades en la práctica para conseguir que los efectos de la hipoteca se limiten únicamente á los correspondientes á la nuda propiedad cuando ya ésta ha dejado de existir.

Artículo 108. — Ante todo es innecesario, respecto al contenido de este artículo, el de los números 3.° y 4.° comprendidos en el mismo.

Se comprende que en la época de la redacción de la ley Hipotecaria se consignaran dichas disposiciones, siquiera como una previsión más contra el criterio seguido anteriormente respecto á la naturaleza de los bienes que consistían en oficios públicos, llamados enajenados, ó en títulos de la Deuda del Estado, de las provincias ó de los pueblos, ó en obligaciones y acciones de Bancos, empresas ó compañías de cualquier especie.

No he de ocuparme ahora de las causas ni de los fun-

damentos jurídicos á que obedeció el referido cambio de criterio en nuestra legislación. Mi objeto se limita á hacer presente que, aun dentro de la ley Hipotecaria, resultan innecesarios los números 3.° y 4.° del art. 108, después de lo prevenido en el art. 106, toda vez que ya el art. 4.° de la misma ley declaraba que, para sus efectos, no se consideraba inmuebles ni aquellos oficios publicos, ni las inscripciones de la Deuda pública, ni las acciones de bancos y compañías mercantiles, aunque sean nominativas, y que dicha innecesidad resulta á mayor abundamiento con más marcada posición, si cabe, en virtud de lo establecido en el Código Civil por sus artículos 334, 336 y 1.874 del mismo cuerpo legal.

Por lo demás, las manifestaciones anteriormente expuestas respecto á las servidumbres, así reales como personales, exigen igualmente que el mencionado art. 108 de la ley Hipotecaria se modifique en el sentido que acerca de dichos derechos reales resulta en el art. 1.567 del Proyecto, militando como militan, respecto del usufructo, condiciones más que análogas, casi idénticas á las del uso y la habitación, que ya el propio art. 108 reconoció (número 8.°) que no se pueden hipotecar.

Y por lo que hace á las minas, necesario es igualmente que lo prevenido en la ley Hipotecaria, que el Código declara vigente (art. 1.880) en lo que á la hipoteca se refiere, se ponga en armonía con la legislación que informe dicha materia; pues es sabido que con posterioridad á la ley de 29 de Diciembre de 1868 no todas las minas necesitan concesión administrativa, por lo cual es indispensable formular en el referido lugar del mencionado art. 108 la distinción consiguiente á dicha legislación minera, posterior á la ley Hipotecaria, para que, siquiera sea en la forma que resulta del núm. 6.° del art. 1.567 del Proyecto, la necesidad de obtener la concesión para que las minas puedan ser hipotecadas, se contraiga á aquellas en que

dicha concesión sea necesaria para constituir su propiedad.

Artículo 111.—Una sencilla modificación se hace precisa respecto al contenido de este artículo de la ley Hipotecaria.

Se contrae á su enunciado general ó primero de sus párrafos; pues, según se observa, hace referencia únicamente al contrato, como si la doctrina que consigna acerca de la extensión que legalmente corresponde á la hipoteca debiera ser tan sólo aplicable á las constituídas por contrato y no á las que, según el art. 138, pueden ser impuestas por *disposición* del dueño de los bienes sobre que se constituyen.

Como entiendo que semejante limitación fué debida tan sólo á un error de redacción, porque á buen seguro que los redactores de aquella ley se propusieron dar valor general á las reglas relativas á la extensión legal de la hipoteca, y que, por lo mismo, deben ser aplicables á toda hipoteca establecida en cualquiera de las formas autorizadas por el citado art. 138 de la ley Hipotecaria, no he podido menos de hacer dicha modificación al trasladar el artículo de la mencionada ley al Proyecto que acompaño (art. 1.570), para que de este modo la referencia limitada al contrato surta efecto con cualquiera otro título constitutivo.

He de hacer presente además, con relación á dicho artículo de la ley Hipotecaria, lo que de un modo general ya hice notar cuando me ocupé de la necesidad y manera de verificar la incorporación al Código de los artículos de la mencionada ley.

Es éste, ó sea el 111 de la misma ley, uno de aquellos que deben completarse con lo dispuesto acerca del mismo en el Reglamento, pues sólo la lectura de su art. 95 revela, así el valor sustantivo de sus disposiciones, como el carácter complementario del mismo para la debida efica-

cia de lo establecido en el núm. 5.° del citado art. 111 de la ley Hipotecaria.

Artículos 112 y 113.—Cosa análoga á lo que acabo de indicar respecto al art. 111 ocurre también relativamente á los dos artículos de que ahora me ocupo.

No se trata de su modificación, por más que dado su íntimo enlace aparezcan en mi Proyecto (art. 1.571) reunidos en un solo artículo y completados además (art. 1.572 del Proyecto) con las disposiciones del art. 96 del Reglamento de la ley Hipotecaria, que reunen de igual modo verdadero valor sustantivo y complementario del contenido de los dos mencionados artículos de la ley.

Aunque con las disposiciones de estos artículos y de los anteriores se comprende en la ley Hipotecaria la doctrina referente á la extensión legal de la hipoteca, he creído, no obstante, que era necesario completar en algo esta importante materia.

Contiene á este propósito el Proyecto el art. 1.573, al cual hace poco hacía referencia, señalando el lugar inadecuado que tiene en la ley Hipotecaria el núm. 3.° del artículo 107, por corresponder su materia á la peculiar de la extensión de la hipoteca.

Si entonces me referí al art. 1.573, hacíalo tan sólo con referencia al párrafo 1.° de dicho artículo; pero fácilmente se alcanza que, si los efectos de la consolidación deben dar lugar á la extensión de la hipoteca tratándose de que el usufructo se reune á la nuda propiedad, cosa análoga, por no decir idéntica, sobreviene por la unificación en el dominio de los llamados directo y útil.

Aunque no contenga precepto especial nuestra legislación acerca de este punto, por lo que á la extensión de la hipoteca se refiere, contiénela sí el Código portugués (artículo 899), por más que sea contrayéndola al caso en que la consolidación de ambos dominios se realice en el señorío directo.

No creo que la extensión de la hipoteca deba limitarse únicamente á este caso. Pudiendo como pueden hipotecarse, por reunir la condición de derechos reales enajenables impuestos sobre bienes inmuebles (artículos 106 de la ley Hipotecaria y 1.874 del Código Civil), lo mismo el dominio directo que el dominio útil, he considerado (párrafo 2.º del citado art. 1.573 del Proyecto) que la consolidación ó unificación que en cualquiera de los dos se realice debe llevar consigo la extensión legal de la hipoteca, si bien deba dicha extensión tener lugar solamente cuando pueda realizarse sin perjuicio de cualquiera otra hipoteca constituída sobre alguno de ambos dominios, y sin que pueda ofrecer complicación, tanto en lo relativo á la prelación como á los efectos de las hipotecas que existan constituídas, la unificación del derecho de propiedad que la consolidación lleva consigo.

No es difícil comprender que, para que tenga lugar esto último, es indispensable que las hipotecas constituídas al tiempo de la consolidación pesen únicamente sobre uno de ambos dominios. De no ser así, la extensión de la hipoteca habría de traducirse en menoscabo de alguna de las hipotecas existentes.

Por esto no he podido prescindir de exigir la referida condición en el párrafo 2.º del mencionado art. 1.573, á diferencia de la extensión de la hipoteca que sobreviene por consolidación del usufructo con la nuda propiedad.

No siendo el usufructo enajenable, ni por consiguiente hipotecable; debiendo pesar por lo mismo tan sólo sobre la nuda propiedad de la finca de que se trate, las hipotecas existentes al tiempo de la consolidación, no puede ninguna de éstas ser perjudicada por alguna constituída sólo sobre el usufructo, y pueden con tal motivo las consecuencias de la extensión de la hipoteca surtir efecto sobre todas las existentes por el mismo orden y condiciones re-

lativas á su realización que corresponda á cada una en virtud de su respectivo título.

No era menester, pues, subordinar á condición alguna la extensión de la hipoteca cuando el usufructo se consolida con la nuda propiedad, así como, por el contrario, era indispensable la condición que se exige en el párrafo 2.° del art. 1.573 del Proyecto, en atención á la posibilidad de ser objeto de semejante gravamen cualquiera de los dos dominios que la consolidación unifica y cuyos efectos, para la extensión de la hipoteca, habrían de traducirse en perjuicio de alguno de los mismos.

Artículo 114.—La sola comparación de este artículo con el 1.574 del Proyecto revela, si no la absoluta necesidad, la conveniencia al menos de completar lo prevenido en dicho artículo de la ley Hipotecaria con una disposición que deje á salvo la eficacia de los intereses por mayor tiempo del prevenido en el artículo citado, sin que por cantidad determinada hayan sido objeto de una hipoteca especial.

Considero que debe estimarse más bien como aclaración que innovación el complemento referido, por más que lo creo interesante á fin de que un criterio riguroso acerca del contenido de dicho art. 114 no pueda traducirse en motivo de contienda y en perjuicio del acreedor hipotecario, que necesita de verdadera expedición para el ejercicio de su derecho, siempre que por las condiciones de su constitución no pueda resultar perjudicado un tercero por circunstancias cuyo alcance le sea imposible conocer.

No creo que los redactores de la ley Hipotecaria se propusieran impedir que el crédito asegurado con hipoteca no pudiera devengar en perjuicio de tercero más intereses que los de las tres anualidades á que se refiere dicho artículo. Lo que á mi juicio se estableció en dicha ley, y que resulta, por otra parte, si se examina atentamente el

mencionado artículo, es que el crédito asegurado con hipoteca no puede obtener la eficacia hipotecaria para extender su importe por razón de intereses, en perjuicio de tercero, más que respecto á las correspondientes á dichas tres anualidades.

Hasta el art. 114, la ley Hipotecaria había tratado de la extensión de la hipoteca con relación á la cosa hipotecada. Aquí empieza, por decirlo así, á tratar de la extensión de la hipoteca con relación al crédito asegurado. Pero lo mismo en una que en otra materia, la ley Hipotecaria se ocupa de una sola hipoteca, y en este caso especialmente para evitar la indeterminación que, en cuanto al alcance del crédito asegurado, vendría á tener la responsabilidad hipotecaria si por tiempo indefinido pudieran acumularse los intereses en perjuicio de tercero.

Nada impide, sin embargo, que en lugar de constituir tan sólo una hipoteca para la seguridad de un crédito que devengue interés, se constituya además, aunque sea sobre la misma finca, una hipoteca á prevención por cantidad determinada, para asegurar en todo caso los intereses que se devenguen.

Como no puedo suponer que tanto el art. 114 como el siguiente de la ley Hipotecaria puedan ser entendidos en el sentido de que quede prohibida la constitución de dicha hipoteca especial mientras no hayan transcurrido las tres anualidades aseguradas por la hipoteca del crédito, no puedo menos de considerar sólo como aclaración el párrafo 2.° del art. 1.574 del Proyecto, cuya disposición sería, á mi juicio, verdaderamente necesaria, como modificación de dicho artículo de la ley, si el objeto de éste hubiera sido pronunciarse en sentido prohibitivo contra la constitución de hipoteca especial por intereses, hayan ó no transcurrido los tres años á que se refiere el artículo siguiente.

La hipoteca especial y por cantidad determinada pone

desde luego á la vista de un tercero todo el alcance que haya de tener la responsabilidad hipotecaria, haciendo desaparecer, en suma, la indeterminación de dicha responsabilidad que produciría la acumulación posible de intereses sin la citada disposición de la ley, que entiendo, por lo mismo, no debe ser aplicable cuando no resulte indeterminada la responsabilidad que pueda esgrimirse contra tercero interesado en la finca hipotecada.

Artículos 115 y 116.—Unificados en un solo artículo, el 1.575 del Proyecto, hállase en éste la doctrina á que hacen referencia los artículos 115 y 116 de la ley Hipotecaria.

No haría mención de esta circunstancia si sólo se tratase de dicha unificación; pero he de hacerlo por las modificaciones que, á mi juicio, exige la materia contenida en ambas disposiciones.

La separación de los dos primeros párrafos del art. 115 para tratar, en el primero, de la ampliación de hipoteca pedida por el acreedor obligante en el momento en que la hipoteca del crédito no asegure, según el artículo anterior, alguno de los réditos devengados; y para ocuparse, en el segundo de dichos párrafos, de la ampliación de hipoteca que el acreedor pida cuando haya pasado ya el tiempo en que la hipoteca del crédito no asegure todos los créditos ó intereses vencidos, haciendo en dicho segundo párrafo la salvedad con que termina, sin que el primero contenga igual salvedad acerca de los efectos de la nueva hipoteca que por ampliación se constituye, pone de manifiesto, si se medita un poco sobre su redacción, el peligro que corre el principio capital de la ley Hipotecaria para que el tercero que se interese en los bienes hipotecados sólo deba sufrir las consecuencias del estado jurídico de los derechos constituídos ya con anterioridad sobre los mismos bienes.

Mucho sería lo que tendría que exponer con tal motivo acerca del mencionado artículo, si estas observaciones

hubieran de revestir los caracteres de un comentario. Pero concretándome á lo único que permite la mera comparación del Código con el Proyecto, me basta haber indicado el peligro referido, señalando el principio que resulta, en cierto modo, contrariado por aquel precepto legal y para cuya integridad he formulado en el Proyecto (artículo 1.575) la modificación que se observa en sus dos primeros párrafos.

Otra modificación también importante es objeto del último de los párrafos del mismo artículo del Proyecto.

Refiérese al art. 116 de la ley Hipotecaria, pues no puedo menos de considerar altamente aventurado, y aun contrario á la naturaleza de la hipoteca y condiciones peculiares del régimen hipotecario, la facultad que se concede en dicho artículo para que el acreedor pueda exigir ampliación de hipoteca sobre bienes distintos de aquellos que hayan sido objeto de la misma.

Ciertamente que la ley sólo concede este derecho á fin de obtener seguridad para los réditos vencidos que no resulten garantizados por la hipoteca del crédito y, aun esto, en el caso de que la finca hipotecada no perteneciese al deudor.

La ley, en este punto, no distingue en si la hipoteca de crédito se constituyó sin que pertenecieran al deudor los bienes hipotecados, en una palabra, por un tercer dueño de los bienes, ó si éstos han dejado de pertenecer al deudor, y realizado éste, de consiguiente, su importe durante el tiempo transcurrido desde la constitución de la hipoteca hasta aquel en que se solicite la mencionada ampliación.

Todavía en este último caso podría verse en la referida facultad concedida en el art. 116 de la ley Hipotecaria un medio de indemnizar, en cierto modo, al acreedor hipotecario, del mayor valor que sobre el importe de la hipoteca tuviesen los bienes hipotecados y cuyo mayor valor hubiese percibido el deudor con su enajenación.

Pero los propios términos del artículo no precisan este caso ni son obstáculo para que pueda utilizarse la referida facultad aun cuando la enajenación no se haya verificado por voluntad del deudor, sino quizás á instancia de otros acreedores, ó haya sobrevenido la transferencia por reivindicación ú otra causa distinta.

Es más: llama notoriamente la atención, con motivo de semejante facultad, que por el hecho de pertenecer al deudor los bienes hipotecados, valgan ó no valgan más que el importe de la hipoteca, sólo puede pedirse su ampliación sobre los mismos bienes, según el art. 115, y únicamente pueda exigirse sobre otros, según el 116, por la sola circunstancia de carecer de la referida pertenencia.

La ampliación de hipoteca á otros bienes del deudor no la subordina la ley Hipotecaria al valor de los que hayan sido hipotecados, ni la motiva, de consiguiente, porque sobrevenga desnivel, á consecuencia de réditos vencidos, entre el valor de los bienes y el importe del crédito y sus réditos.

La ley Hipotecaria sólo autoriza la ampliación sobre otros bienes del deudor, por el mero hecho de que á éste no pertenezcan los sujetos á la hipoteca, cualquiera que sea la causa, entre las muchas y de bien distinta naturaleza que pueden dar lugar á dicha falta de pertenencia.

Sólo esto bastaría para que se hiciese indispensable la reforma de los mencionados artículos 115 y 116 de la ley Hipotecaria. Pero lo que, á mi juicio, lo exige principalmente son, según indicaba, los principios en que descansa la naturaleza de la hipoteca y que son base peculiar del derecho real hipotecario.

Aquella ley se ha atenido á dichos principios en la ampliación de que trata el art. 115. Permitiéndola solamente *sobre los mismos bienes hipotecados*, encierra la eficacia de la hipoteca única y exclusivamente sobre los bienes

sujetos por ella al derecho real del acreedor hipotecario. Pero desde el momento que por el art. 116 establece que la hipoteca puede servir de fundamento para exigir efectos sobre otros bienes distintos de los hipotecados, aunque sea solamente para constituir sobre ellos una nueva hipoteca, es, como decía, confundir los efectos peculiares á la hipoteca con los que, en su caso, podrían sobrevenir como efectos de la obligación principal asegurada por ella, así como atribuir á la acción real hipotecaria virtualidad jurídica posible, sólo como derivación de la acción personal correspondiente al derecho asegurado en hipoteca, y aun, podría añadir, salvando los límites propios del contrato ó relación jurídica en que resulte formalizada dicha obligación principal; pues es sabido que las leyes ofrecen al acreedor el medio de obtener el pago de lo que se le debe sin hacerle árbitro de diferir indefinidamente el ejercicio de la acción utilizable para exigir el pago, á cambio de obligar al deudor, fuera de los límites de su propia obligación, á hipotecar otros bienes de su pertenencia.

El derecho hipotecario se desenvuelve con entera independencia del derecho personal correspondiente al acreedor. Muéstrase este último, en las relaciones de uno y otro derecho, como expresión de la obligación principal asegurada con hipoteca. Origínase cada uno de dichos derechos por relaciones jurídicas distintas, aun cuando generalmente las realicen en un solo acto los interesados en ellas. Deslíndase cada una en el respectivo concepto de obligación principal y obligación accesoria ó subsidiaria. Producen igualmente acciones enteramente distintas; pues si la hipotecaria ó real sujeta bienes determinados al cumplimiento de dicha obligación, por la personal ó derivada del contrato ú otra relación jurídica originaria de la obligación principal, el derecho del acreedor consiste precisamente en exigir el pago, aun cuando para obte-

nerlo pueda perseguir cualesquiera bienes que sean de la pertenencia del deudor.

En este sentido puede decirse que la acción hipotecaria tiene más intensidad y la personal tiene más extensión; pues si aquélla encierra su virtualidad únicamente en los bienes hipotecados, la otra la extiende sobre cualesquiera bienes de la pertenencia del deudor, pero sólo para el efecto de obtener el pago de la deuda.

Lo que no entra en los límites del derecho hipotecario, ni entra tampoco en los peculiares del derecho del acreedor por la obligación principal, para poder proceder en su virtud sin necesidad de contar con la voluntad del deudor, es precisamente la facultad de que trata el art. 116 de la ley Hipotecaria; facultad completamente extraña al derecho hipotecario, en cuanto rebasa los límites propios de los bienes sobre que pesa la hipoteca, y facultad ajena también á los derechos y responsabilidades de la obligación principal; porque aunque por ésta el deudor deba hacer el pago y el acreedor puede exigírselo, ni aquél debe ni éste puede salirse de dichos límites, para imponer al deudor una hipoteca á cuya constitución no se obligó.

Esto sólo conduce á alentar la negligencia del acreedor hipotecario contra el principio de que los derechos en tanto son eficaces en cuanto se ejercitan oportunamente, y en cuya virtud no puede el acreedor sustituir, por la reclamación para que se constituya nueva hipoteca, la reclamación que con arreglo á su derecho sólo le incumbe para embargar y vender los bienes que al deudor pertenezcan. De otro modo fácilmente se nota que esto viene á ser una arma puesta en manos del acreedor para trastornar los principios en que descansa la prescripción de las acciones; lo cual, aunque no tuviera la trascendencia indicada para poder exigir al deudor aquello á que se obligó, bastaría para que considerase necesario prescindir en el Proyecto, y sobre todo en la parte relativa al de

recho real hipotecario (art. 1.575, último párrafo del Proyecto), de la mencionada facultad que concede el citado art. 116 de la ley Hipotecaria.

Artículo 118.—Problema importante es, ciertamente, el que envuelve el contenido de este artículo de la ley Hipotecaria.

No es cosa fácil armonizar derechos contrapuestos, tratándose de una misma finca, y esto es lo que viene á resolver el mencionado artículo, teniendo presente la independencia que existe, así en su naturaleza como en su régimen, entre el dominio directo y el dominio útil de cualquier predio concedido en enfiteusis.

Como la ley Hipotecaria no estaba llamada á fijar el régimen de cada uno de estos dominios, sino sólo á fijar los límites de la eficacia que con relación á tercero debieran tener las disposiciones del enfiteuta por lo que hace al derecho de propiedad caracterizado por el mencionado censo, no es extraño que creyera dicha ley llenar este objetivo con la declaración de que frente á los actos del enfiteuta quedan siempre á salvo todos los derechos correspondientes al mismo dueño directo, aun tratándose del caso de comiso de un predio sobre el cual el enfiteuta hubiese impuesto hipoteca ú otros gravámenes reales.

Puede decirse que la ley Hipotecaria proclamó para el caso de comiso, por el art. 118, lo que podríamos llamar el *statu quo*, á saber: hacer eficaz el comiso, haciendo desaparecer todo derecho del enfiteuta al tiempo del comiso; mantener, á pesar de esto, las hipotecas ú otras cargas reales que graven el domiuio útil; y afirmar, por último, que en todo caso queden á salvo los derechos del dueño directo.

Los mismos términos de esta solución indican que en realidad se transforman por ella los efectos del comiso desde el momento en que, á pesar de respetarlo en el nombre, lejos de restablecer la plenitud del dominio se

prorroga, por decirlo así, la división del mismo por una parte respecto á las hipotecas ó gravámenes que fueran materia del derecho de hipoteca, y por otra respecto al dueño directo en lo que antes del comiso era derecho peculiar suyo.

Pero lo que tenía tan señalada trascendencia tratándose de la ley Hipotecaria, había ya de tenerla al formularse por el Código Civil el régimen de la propiedad y al ofrecerse, por tanto, la necesidad de resolver libremente, y no en los límites especiales de la ley Hipotecaria, el referido problema en que han de concertarse los derechos antitéticos del señor directo y los que en su caso sean peculiares de los acredores hipotecarios del enfiteuta ó interesado en los demás gravámenes que éste hubiera impuesto sobre su dominio útil.

Dos artículos principalmente (el 596 y el 1.634) contiene el Código acerca de esta materia; artículos en los cuales palpita un principio común, por más que en su desarrollo sólo abarque una parte limitada de semejante asunto jurídico.

Consiste el referido principio en atenerse á la manifestación de voluntad de los dueños directo y útil para decidir, según hubiese intervenido el consentimiento común ó sólo el particular de alguno de los mismos.

Pero decía que en sus aplicaciones tenía dicha doctrina un desarrollo muy limitado, toda vez que por el contenido de aquellos preceptos se echa de ver que el Código sólo se refiere á la imposición de servidumbres, en todo caso (dicho art. 596), y á la de cualquiera otra carga para el caso en que la pensión consista en una parte alícuota de los frutos (art. 1.634).

No he de repetir en este lugar lo expuesto ya al ocuparme de cada uno de dichos dos preceptos de nuestro Código Civil, en los respectivos tratados de servidumbres y censos; pero sí he de lamentar, no sólo que el Código

haya dejado sin solución lo relativo á la imposición por el enfiteuta de cargas ó gravámenes distintos de la servidumbre, en los casos (que son los más generales) en que la pensión no consiste en una parte alícuota de los frutos, casos en los que será forzoso, por lo mismo, buscar solución en la ley Hipotecaria sobre la base de la contraposición de principios que entraña el referido art. 118 de la misma ley, sino que precisamente el mismo Código Civil se haya pronunciado, para los casos de que se ocupa, en el sentido de que la concurrencia ó no del consentimiento de ambos dueños sea decisiva de la validez ó nulidad de la servidumbre ó carga que por el enfiteuta se imponga.

El Código, por lo visto, no ha encontrado otra solución que la de cercenar las facultades del enfiteuta mediante prohibiciones para el ejercicio independiente de su derecho.

Comprendería que á este extremo se llegase obligado por la necesidad, esto es, cuando no haya otra solución capaz de armonizar el interés respectivo de cada uno de los dos dueños.

Pero entiendo, por el contrario, que no sólo no existe semejante necesidad, sino que es además consecuencia adecuada á la referida independencia que debe existir en el régimen del derecho peculiar al dueño directo ó al enfiteuta, que los efectos que produce la concurrencia ó falta de concurrencia de su común voluntad sólo deban ser útiles cuando por alguna circunstancia, como por ejemplo el comiso, deban unificarse por el pleno dominio aquellos derechos derivados de su división por el censo, en lugar de serlo, según sucede en el Código, para decidir de la existencia ó inexistencia de las relaciones jurídicas establecidas por la voluntad exclusiva del enfiteuta.

Entiendo, pues, que el principio del Código es correcto, á saber: que en la voluntad común ó en la particular de

algún dueño descansa la suerte de las servidumbres ó de las cargas reales que se impongan sobre las fincas enfitéuticas; pero entiendo también que es equivocado, peligroso y aun atentatorio á la respectiva independencia con que deben moverse cada uno de los derechos dominicales, originados por la constitución del censo, hacer depender de semejante concurrencia de voluntades el origen de los derechos reales impuestos por el enfiteuta, y no simplemente la eficacia de los mismos para el caso de unificación del pleno dominio por causa de comiso.

En el sentido de esta última solución, que es, después de todo, la más sencilla, he procurado informar el artículo 1.577 del Proyecto, según el cual sólo es indispensable distinguir dos situaciones diferentes, á saber: ó la de intervención del dueño directo en la constitución por el enfiteuta de hipotecas ó gravámenes sobre su dominio útil, ó en la falta de intervención de dicho dueño directo.

Si ha tenido intervención, nada más natural que remitir la eficacia de los derechos reales impuestos con su consentimiento, á lo establecido en el contrato en que haya intervenido, y esto es precisamente lo que dispone el párrafo 2.º del mencionado artículo.

Pero si la constitución de los derechos reales se ha verificado por el enfiteuta sin intervención y consentimiento del dueño directo, nada más lógico también que otorgar, á los interesados en aquéllos, la facultad de redimir concedida al enfiteuta para evitar los efectos del comiso, facultad que ya el art. 1.650 del Código hace extensiva á los acreedores del enfiteuta y que debía serlo también, según consigna el art. 1.535 del Proyecto, á los que sobre el dominio útil estén asistidos de algún derecho real.

En este punto, la doctrina del art. 1.535 del Proyecto, complementaria respecto á este particular de lo prevenido en el art. 1.577 del mismo, no es otra cosa que el natural desarrollo de principios que, aunque admitidos por el Có-

digo, no tienen en él la debida aplicación y, por cuya falta de armonía entre aquéllos y ésta, ya se acude á restringir las facultades del dueño útil (595 y 1.634 del Código) mediante disposiciones prohibitivas que no tienen razón de ser, por no poder traducirse en perjuicio del dueño directo, mediante la expresada fórmula adoptada en el Proyecto, ya á mantener ó prorrogar la división del dominio cuando ya por el comiso debe desaparecer, que es el criterio contradictorio que por su especial objeto sin duda se aceptó en la ley Hipotecaria.

Artículo 119.—La pequeña variación que he introducido en el Proyecto (art. 1.578) con relación á la doctrina consignada en este artículo de la ley Hipotecaria se reduce, según se observa á simple vista, á completar dicho precepto con lo prevenido acerca del mismo en el art. 98 del Reglamento de la mencionada ley.

Ésta había establecido el principio de la determinación de cantidad cuando fueran varias fincas el objeto de la hipoteca.

Pero como según el art. 106 no sólo pueden ser hipotecados los bienes inmuebles, sino también los derechos reales enajenables constituídos sobre los mismos, hubieron de fijarse los redactores del Reglamento en que no había motivo en concretar sólo á las fincas la necesidad de determinar la cantidad, y que existía igualmente semejante necesidad en la constitución de hipotecas sobre varios derechos reales.

El efecto de semejante complemento, como se ve, no es de carácter meramente reglamentario. Tiene un valor esencialmente sustantivo, como todo el contenido de dicho artículo 119.

La función del Reglamento en este punto es, pues, de ampliación del citado artículo, en conformidad á lo dispuesto en el mencionado 106 de aquella misma ley. Y era lógico, por tanto, que al traducir en un Código los refe-

ridos preceptos sustantivos se unificaran, por lo menos, en la forma del citado art. 1.578 del Proyecto.

Artículo 121.—Más bien por redacción algo confusa que por deficiencia de doctrina debe, á mi juicio, ser modificado este artículo en términos análogos ó idénticos á los que aparecen en el 1.580 del Proyecto.

Hablar de que la hipoteca que constituye la unidad del derecho real, no obstante la variedad de las fincas sujetas al mismo, no alcance á cubrir la totalidad del crédito, equivale á suponer en la constitución de la hipoteca falta de relación entre la hipoteca misma, ó sea el derecho real, y la deuda ú obligación principal asegurada por ella.

No se me oculta, sin embargo, que los redactores de la ley Hipotecaria tendrían con tal motivo presente que, cuando la hipoteca pesa sobre varias fincas, la necesidad de determinar la cantidad de que responde cada una implica que la unidad de la hipoteca descanse, más bien que sobre una variedad de fincas, sobre la variedad de los valores ó cantidades á que se limita en cada una su responsabilidad hipotecaria.

Por esto, sin duda, se refirieron á la hipoteca, como término de comparación con la totalidad del crédito asegurado por ella, para el caso en que aquel conjunto de valores parciales no alcanzase á cubrir la totalidad del crédito hipotecario.

Pero fácilmente se ve que esta inteligencia, muy en armonía con la naturaleza de la hipoteca y perfectamente ajustada al criterio en que indudablemente se inspiraron los autores de la ley Hipotecaria, respecto de dicho artículo, exige necesariamente un trabajo de abstracción para referir, más bien al valor de la finca que á la finca misma, la sujeción inherente al derecho real hipotecario.

No es mi ánimo, por lo mismo, impugnar la exactitud de semejante criterio, pero sí manifestar cuán peligroso

es entregar la virtualidad de un precepto legal á una interpretación necesariamente tan abstracta.

Por esto entiendo que es menester evitar los errores á que puede conducir la redacción de aquel precepto, para fijar su sentido con arreglo al criterio que verdaderamente lo informa y según el cual es necesario que la relación que dicho artículo establece entre la hipoteca y la totalidad del crédito resulte entre el valor de alguno de los bienes hipotecados y la responsabilidad total que sobre el mismo pese por virtud de la hipoteca.

De todos modos, para que la hipoteca no alcance á cubrir la totalidad del crédito, como expresa el artículo de que me estoy ocupando, es indispensable que alguna de las fincas hipotecadas disminuya tanto de valor que no alcance á garantizar la responsabilidad que la grava por virtud de la hipoteca.

¿Qué importa que las demás fincas hipotecadas tengan un valor superior al crédito total, si al fin, lejos de importar la hipoteca la sujeción directa de la finca, importa tan sólo su sujeción en el límite de la cantidad por que resulta gravada?

Por esto considero que, en atención á este distinto concepto de la sujeción hipotecaria, el de la finca sin límite en cuanto á su valor, y el de la finca por cantidad limitada sobre su valor respectivo, que es lo que ocurre cuando son varias las fincas gravadas por una sola hipoteca; y siendo, como decía, de necesidad, para que la garantía hipotecaria resulte mermada, que haya sobrevenido disminución en el valor de alguna de las fincas hipotecadas; entiendo, digo, que es preferible rectificar la redacción de dicho artículo con relación al valor de alguna de las fincas, á fin de que la diferencia de que se trata para poder hacerla efectiva sin perjuicio de tercero sobre los demás bienes hipotecados, sea la resultante entre el valor de alguna y la cantidad de que responde, y no, según ex-

presa el artículo, entre la hipoteca y la totalidad del crédito.

Artículo 122 y siguientes.—Respecto á los artículos comprendidos desde el 122 al 136 de la ley Hipotecaria, las pequeñas modificaciones que aparecen en el Proyecto resultan limitadas, por regla general, á unificar dichas disposiciones de la ley con lo que acerca de las mismas se contiene en el Reglamento.

Un punto, sin embargo, he creído que era conveniente regular para suplir acerca del mismo el silencio de la ley Hipotecaria.

No es este silencio enteramente absoluto. En el artículo 131 de la mencionada ley admite ésta el criterio á que, en mi concepto, debe generalizarse la doctrina relativa á la enajenación de los bienes hipotecados, no debiendo quedar limitada, según resulta en dicho artículo, para el caso de proceder contra los bienes hipotecados á causa del vencimiento de algunos de los plazos del capital ó de los intereses del crédito.

La solicitud de la ley Hipotecaria (art. 133) para evitar que se paralice el procedimiento debido á la hipoteca por reclamaciones de un tercero ó en virtud de algún juicio universal, exige un complemento para determinar cuáles hayan de ser las condiciones de la enajenación respecto á los derechos inscritos con anterioridad á la hipoteca que la motive.

¿Es que la ley Hipotecaria parte del criterio de que la enajenación de las fincas hipotecadas deba realizarse siempre en el concepto de libres, cualquiera que sea la hipoteca ó el derecho real distinto que sirva de fundamento á la enajenación?

No es de creer que sea este el criterio de la ley Hipotecaria, en vista, según decía, de lo dispuesto en el art. 131 de la referida ley. Pero también podría dudarse que la ley Hipotecaria partiera de un criterio enteramente distinto,

para que toda enajenación de los bienes hipotecados fuese sólo liberativa de los derechos reales inscritos con posterioridad á la hipoteca que motive la enajenación, y debiendo, por lo tanto, quedar subsistentes las demás hipotecas y derechos reales de inscripción anterior; porque si así fuese, era propiamente innecesaria la doctrina consignada en el referido art. 131 de la mencionada ley.

De todos modos, resulta que la materia referente á la suerte de los derechos hipotecarios inscritos con anterioridad á aquellos que sirven de fundamento para la realización de los bienes hipotecados; esto es, que la situación de dichos derechos anteriores con relación al adquirente y como condición, por tanto, de la enajenación que se verifique, no se encuentra determinada en la ley Hipotecaria, siendo así que es asunto de señalada trascendencia, capaz de originar en la práctica resoluciones contradictorias, según se inspire el que haya de dictarlas en el criterio de que los derechos hipotecarios afecten concretamente á las fincas ó tan sólo á su valor.

Sabido es en este punto que las escuelas de derecho han sustentado acerca del mismo criterios bien diferentes. Aunque no hayan desconocido la necesidad del orden para fijar la prelación entre los derechos hipotecarios, háse creído por algunos que, recayendo esencialmente su eficacia sobre el valor de los bienes hipotecados, era igual entre dichos acreedores, cualquiera que fuere su lugar, la facultad de provocar la enajenación de la finca.

No es ciertamente mi ánimo desconocer que esta es nota común á toda acción hipotecaria; pero no entiendo, como también algunos han supuesto, que de dicha facultad de enajenar ó de provocar la realización de los bienes hipotecados sea secuela necesaria la de que por semejante realización deban quedar dichos bienes enteramente liberados de todas sus hipotecas y demás gravámenes puramente temporales (á diferencia de las cargas ó gra-

vámenes que tienen causa perpetua), para que, obtenido el precio de los mismos bienes, sobre éste deban hacerse efectivos, desde luego ó en la oportunidad correspondiente, cuantos derechos reales de carácter temporal pesaran sobre los mismos.

La sola enunciación de este problema jurídico revela la extensa materia á que se refiere y que exigiría gran latitud en estas observaciones. Pero cualesquiera que sean los fundamentos en que tratara de apoyarse la solución que se estime más procedente, resalta desde luego la necesidad de dictar regla precisa sobre tan importante punto, así para conocer las condiciones que, con relación á las hipotecas anteriores y al valor liberativo de la enajenación, corresponda á toda la que se provoque en virtud del ejercicio de la acción hipotecaria, como para poner en armonía los efectos de semejante enajenación, ó de la resolución del derecho hipotecario, con el origen del mismo, ó sea la sujeción de los bienes por virtud de la hipoteca, é igualmente para precisar también la positiva independencia que mantiene dentro de su respectiva esfera todo verdadero derecho de propiedad, como debe ser, y es, á mi juicio, el gravamen de hipoteca.

Entendiendo como entiendo que el acreedor hipotecario debe ser árbitro de su derecho para regir su realización conforme á la naturaleza jurídica del mismo, no he podido menos, al formular el art. 1.594 del Proyecto, para establecer una regla general acerca de dicha materia sobre la que guarda silencio nuestra ley Hipotecaria, que respetar ante todo la independencia y estado de derecho en que se hallasen los bienes hipotecados al tiempo de la constitución de cualquiera hipoteca por la cual se provoque la enajenación de los mismos.

Y como aquel estado de derecho es propiamente condición del valor positivo reservado á toda hipoteca que nuevamente se constituya, debe serlo, á mi juicio, para

la realización de la misma, á cuyo efecto he consignado, en dicho art. 1.594 del Proyecto, que la enajenación de los bienes hipotecarios debe tener lugar *á condición* de quedar subsistente el estado jurídico creado sobre los mismos en la ocasión de la hipoteca ó embargo que motive la enajenación de que se trate.

Esta última indicación revela igualmente que la referida condición no ha de ser simple exigencia para la realización de derechos hipotecarios. Debe concurrir también para defensa de los mismos, cuando la realización de los bienes hipotecados tenga lugar por mero embargo ó realización de derechos meramente personales. En uno y otro caso concurre del mismo modo la necesidad de respetar el *statu quo* en cuanto á la situación jurídica de la finca que se enajene; puesto que, ya sea el que constituya nueva hipoteca, ya sea el que consiga traba ó embargo sobre los bienes hipotecados, sólo puede esperar para el interés de su derecho la utilidad jurídica que rebase los límites en que ya resulta comprometida por los derechos constituídos con anterioridad.

SECCIÓN SEGUNDA

De las hipotecas voluntarias.

Artículo 147.—Sobre lo dispuesto en este artículo, sólo dos sencillas modificaciones contiene el art. 1.609 del Proyecto.

Una para ponerla en armonía con lo dispuesto en el párrafo 2.° del art. 1.574 del Proyecto, que ya queda manifestado debe ser complemento ó ampliación de lo prevenido en el art. 114 de la ley Hipotecaria.

Para no repetir en este lugar lo expuesto acerca de la necesidad de semejante complemento, me remito á las observaciones consignadas ya al ocuparme de dicho artículo de la ley Hipotecaria.

Otra para extender al caso de quiebra lo que para el concurso previene el último párrafo del mencionado artículo 147 de la referida ley.

Artículo 149.—Una modificación importantísima requiere lo establecido en este artículo Es indispensable ponerlo en armonía con las reformas que en materia de censos se han introducido en el Código.

La facultad de redimir el censo á voluntad del censatario, no obstante pacto en contrario, y con aplicación aun á los censos existentes al tiempo de la promulgación del nuevo cuerpo legal (1.608 del Código Civil), y la necesidad, por otra parte, de fijar al constituirse el censo el valor ó cantidad por el cual, en su caso, haya de tener lugar la redención (artículos 1.629, 1.651, 1.658, 1.661 y 1.662), son circunstancias que permiten deslindar perfectamente la utilidad jurídica del censo, ó por mejor decir, de los derechos del censualista, con la que es peculiar del dueño de la finca gravada con censo, ó del dueño útil en el enfitéutico, para que ninguno de éstos puedan ver comprometidas sus fincas por mayor responsabilidad que la inherente á la cantidad por la cual pueda el censo ser redimido.

Colocado por la ley Hipotecaria el censatario que redime en la alternativa de tener que pagar el crédito del acreedor hipotecario de un censo, y esto no sólo en cuanto al valor del capital, sino en lo relativo á los intereses vencidos y por vencer; ó de reconocer su misma hipoteca sobre la finca que estuvo gravada con el censo, trasladando de esta suerte la responsabilidad hipotecaria que antes pesara sobre el censo, para que pese después sobre la finca liberada, era, no sólo una exigencia verdaderamente injusta respecto de los censos redimibles con arreglo á la legislación vigente al establecerse la ley Hipotecaria, sino que sería hoy, extendido como está á todos los censos el carácter redimible, una exigencia bas-

tante á contrarrestar los fines de ley, desnaturalizando el carácter de los censos (que, aunque redimibles en el nombre, serían irredimibles en realidad), é impidiendo, por tanto, todo interés en el censatario para hacer uso de la facultad de redimimir establecida por la ley.

Sólo en reducidos límites respecto de los censos consignativo y reservativo, aunque en general respecto de los censos enfitéuticos, ó para mayor precisión, solamente respecto de los censos irredimibles, cabía descubrir con anterioridad al Código el espíritu de justicia en que indudablemente se propondrían inspirar los redactores de la ley Hipotecaria al establecer el art. 149 de la mencionada ley.

Compréndese que ante el carácter voluntario en que se cimentaba la redención de los censos irredimibles, para armonizar el interés del censualista y censatario en la unificación del derecho de propiedad que había de producir la redención, estimaran necesario los redactores de dicha ley poner, en todo caso, á cubierto los derechos del acreedor hipotecario que de un modo perpetuo como el censo, y sin límite de cantidad para sustituir por ella en su caso la responsabilidad de la finca, había constituído su hipoteca.

Aquella ley se propuso, sin duda, defender al acreedor hipotecario frente á las convenciones que, dentro de los límites de su respectivo derecho, llevaran á cabo censualista y censatario.

No se fijó en la diferencia trascendental que para este particular existía entre los censos redimibles y los irredimibles, y puede decirse con tal motivo que el error de la ley Hipotecaria ó los resultados injustos que, no obstante el recto propósito de sus redactores, podían derivarse de su art. 149, habían de ser consecuencia de haber consignado su doctrina de un modo general ó aplicable indistintamente á toda clase de censos.

Hoy sucede enteramente lo contrario. Así como aquella ley hubo de salvar los derechos del acreedor hipotecario frente á cualquier confabulación del censualista y censatario, el Código ha de salvar los derechos del censatario, y entre ellos principalmente la facultad de redimir, aun los censos anteriormente irredimibles, frente á las confabulaciones posibles entre el censualista y sus acreedores hipotecarios.

Si un censualista constituye hipoteca por cantidad superior á la que, en su caso, haya de servir para la reducción del censo, ó por cantidad inferior, pero por un largo número de años, para que con los intereses vencidos y por vencer resulte superior al importe necesario para la redención, la deuda del censualista garantizada con hipoteca (ya sea verdadera ó simulada entre el censualista y el acreedor hipotecario), ¿cuál no será la situación del censatario á quien, si trata de redimir el censo, puede aquel acreedor hipotecario exigirle ó que le pague el referido crédito ó que le reconozca la misma hipoteca sobre la finca que libere por medio de la redención del censo? Dígase si, colocado el censatario en una situación semejante, podrá tener jamás interés en llevar á cabo la redención, á menos de resignarse á verificarla por una cantidad que, de esta suerte, resultaría indefinida á voluntad del censualista.

Por fortuna es de esperar que aunque el Código haya declarado (por sus artículos 68 y 1.880) la vigencia de la ley Hipotecaria, sin que respecto al punto indicado contenga disposición alguna correctoria de dicho art. 149 de aquella misma ley el capítulo III, título XV, libro IV del Moderno cuerpo legal, la jurisprudencia se penetraría de la necesidad absoluta de prescindir del vigor literal de dichas disposiciones, para mantener las peculiares de la ley Hipotecaria sólo en cuanto puedan armonizarse con las reglas é innovaciones que acerca de los derechos de

propiedad (y esto aunque sea con la denominación de contratos) se establecen en el Código.

A buen seguro que los tribunales habrán de reconocer, en semejante disposición de la ley Hipotecaria, un obstáculo invencible contra la doctrina de la redención de los censos, y, por lo mismo, entiendo que el Código Civil no debió dejar sin resolver esta cuestión, ó de fijarse al menos en la necesidad de modificar el referido precepto de la ley Hipotecaria, para que no se dé el caso de que ante legislaciones inspiradas en criterio jurídico distinto, respecto al particular relativo á la redención de los censos, subsista por la vigencia expresamente declarada por el Código Civil un precepto que, según indicaba, si antes podía servir para defender al acreedor hipotecario, hoy sólo serviría para que éste pueda atacar, de acuerdo ó no con el censualista, las innovaciones del Código.

Por esto el art. 1.611 del Proyecto que acompaño ha sustituído la necesidad de pagar el crédito, impuesta por la ley Hipotecaria, por la de consignar tan sólo, á los efectos de la hipoteca, el capital por el que deba verificarse la redención del censo, declarando en su consecuencia (párrafo 3.° de dicho artículo del Proyecto) que semejante reducción sería, en tal caso, completamente liberatoria de la finca gravada por censo, y que en el capital consignado se encerraría únicamente la utilidad jurídica de los respectivos derechos del censualista y su acreedor hipotecario.

Mantener hoy el principio del art. 149 de la ley Hipotecaria, sería exponer á que el censatario, lejos de comprometerse, al constituir el censo únicamente por el capital de redención, entregara al censualista carta blanca para que, á su arbitrio, le hiciera responsable de todo cuanto, en forma de hipoteca, tuviera por conveniente establecer como gravamen del censo.

El censatario, de esta suerte, no sólo sería responsable

de sus actos, sino de los actos de un tercero, siempre que pretendiera hacer uso de su derecho para libèrar la finca de su dominio, y el art. 149 de la ley Hipotecaria quedaría como un portillo por el cual se perpetuara indirectamente la irredención de los censos, no obstante haber sido todos declarados redimibles por la ley.

Artículos 150, 151 y 152.—La doctrina de estos artículos comprende dos particulares importantes, pero relativos todos á la materia de censos. Así he entendido que correspondía eliminarlos de las disposiciones referentes á las hipotecas voluntarias, entre las cuales vienen comprendidas por la ley Hipotecaria.

No necesito demostrar que el censo no es una hipoteca; y si al fin en la ley Hipotecaria, por el especial objetivo de la misma, pudo pasar semejante intercalación, no cabe mantenerla al tratar de un Código Civil ó de un cuerpo de doctrina en que, no sólo es indispensable ocuparse de todos los derechos de propiedad, sino que es además necesario ordenar, con la separación debida á la materia especial de cada uno, cuanto sobre ella requiera disposición expresa.

De esta suerte, la doctrina de los mencionados artículos 150, 151 y 152 forma ya parte de la que en el Proyecto regula la institución de los censos, bien entre sus disposiciones generales, como de común aplicación á todos ellos respecto al contenido de los artículos 151 y 152, bien entre las disposiciones especiales á los censos consignativos y reservativos, por lo que hace al art. 150 de dicha ley Hipotecaria.

Ya sobre esto último, ó sea sobre la aplicación de dicho artículo 150 únicamente á los dos citados censos consignativo y reservativo, hubo de considerar indudablemente el Código la referida limitación que aparece igualmente en el Proyecto (artículos 1.547, 1.548 y 1.552).

Aunque el Código comprende (art. 1.625) entre las dis-

posiciones generales ó comunes á los censos la materia referente á la pérdida ó inutilización de la finca acensuada, en las dos opuestas circunstancias de sobrevenir, bien por fuerza mayor ó caso fortuito, ó bien por culpa del censatario, no comprendió, sin embargo, entre dichas disposiciones generales la doctrina referente á la deterioración ó improductividad de la finca acensuada en dichas dos circunstancias que acaban de referirse.

Sin duda consideró el Código que ya sobre estos extremos proveía nuestra ley Hipotecaria. Pero no debe olvidarse que el Código, á diferencia de lo que hace con la institución de la hipoteca (art. 1.880), no contiene, al tratar de los censos, disposición alguna análoga por la cual debe considerarse subsistente cuanto acerca de los mismos se previene en la referida ley Hipotecaria.

Y hago esta indicación porque aun cuando, quizás, se suponga que estuvo en el ánimo del legislador mantener vigentes dichos artículos 150, 151 y 152, á pesar de no tratar de la hipoteca, sino de los censos, con la referida declaración del art. 1.880, que sólo á la hipoteca se refiere, en atención á la expresada circunstancia de estar dichos artículos, en la ley Hipotearia, comprendidos en la sección que se ocupa de las hipotecas voluntarias, ni bastaria, á mi juicio, esta circunstancia para atribuir á aquel artículo del Código semejante extensión, ni cabe afirmar tampoco que el legislador tuviese realmente el propósito de dársela, cuando se ve que al tratar de los censos, especialmente respecto al consignativo y al reservativo, se ocupa (artículos 1.660 y 1.664) de la materia de que trata el mencionado art. 150 de la ley Hipotecaria, es decir, de los casos de deterioro é improductividad de la finca acensuada por dolo, culpa ó voluntad del censatario.

Independientemente, por de pronto, de las soluciones adoptadas por el Código acerca de este particular, interesa ante todo hacer presente que el nuevo cuerpo legal

guarda completo silencio para el caso en que aquellas circunstancias (el deterioro ó la menor producción) sobrevengan por cualquier causa que no sea dolo, culpa ó voluntad del censatario.

No creo que el Código haya confundido dichas circunstancias á que hacen referencia los citados artículos 150, 151 y 152 de la ley Hipotecaria, con las referentes á la pérdida ó inutilazación total ó parcial de la finca acensuada, de que se ocupa el art. 1625 del mismo cuerpo legal.

Son asuntos distintos, como revela su propia expresión, que exigen disposiciones diferentes y que el Código dejó de consignarlas en lo que hace referencia al deterioro ó menor productibilidad de la finca acensuada, por lo cual sólo puedo atribuirlo más bien á olvido de lo prevenido en dichos artículos 151 y 152 de la ley Hipotecaria, que al propósito de dejar subsistentes estas disposiciones con referencia á los censos.

¿No resultaría dividida la materia al ver tratada en el Código (artículos 1.660 y 1664) la relativa al caso de deterioro por culpa del censatario, ó sea el asunto sobre que versa el art. 150 de la ley Hipotecaria, y dejada sin tratar la misma materia en caso de falta de culpa por parte del censatario, que es el asunto sobre que versan los artículos 151 y 152 de la mencionada ley? ¿No resultaría mucho más completa la legislación anterior al Código que la formulada en el mismo?

He aquí por qué no he podido menos de considerar necesario incluir entre las disposiciones generales de los censos (art. 1.513 del Proyecto), por modo análogo al caso de pérdida ó destrucción total ó parcial de la finca acensuada, lo que respecto á su deterioro ó menor productibilidad de la finca establecían los citados artículos 151 y 152 de la ley Hipotecaria.

De este modo, no sólo se evita la referida división que el silencio actual del Código origina acerca de la ma-

teria expresada, rigiéndola él si hay culpa por parte del censatario y relegándola (y con incertidumbre acerca de su vigencia) á la ley Hipotecaria cuando no interviene dicha culpa, sino que se salva igualmente la especie de confusión que existía en la ley Hipotecaria entre la materia de los censos y la de las hipotecas, al observar que entre las reglas de las voluntarias se comprendían disposiciones exclusivas de la institución del censo.

Artículo 153.—Dos modificaciones aparecen en el Proyecto (art. 1.612) respecto al contenido de dicho art. 153 de la ley Hipotecaria.

Trátase de la enajenación ó de la cesión, á un tercero, del crédito hipotecario en todo ó en parte, y es sabido que la obligación principal originaria del crédito, estableciendo como establece entre acreedor y deudor las relaciones características de semejante responsabilidad, sufre, una vez constituída, las modificaciones consiguientes á los efectos expresamente regulados por la ley. En este caso se encuentra lo relativo á la compensación; porque no puedo suponer que los redactores de la ley Hipotecaria, lejos de ligar la hipoteca á la suerte de la obligación principal, se hubieran propuesto colocar al acreedor hipotecario en condiciones de inutilizar para el deudor las ventajas de la compensación, siempre que sus efectos no se hagan constar en el Registro á manera de rectificación ó modificación del crédito hipotecario.

A buen seguro que si este hubiese sido su propósito habrían establecido disposiciones para que el deudor, en su caso, pudiera exigir del acreedor la modificación del crédito, ó habrían por lo menos establecido formas determinadas para la eficacia de la compensación con relación á tercero.

Aun así no dejaría de ser aventurada la suerte de la compensación, puesto que en realidad su eficacia debe extenderse á todo momento hasta que tenga lugar la libe-

ración de la obligación principal por liquidación, pago ó cualquiera otra circunstancia; pues fácilmente se comprende que si los efectos de la compensación, tratándose de créditos hipotecarios, implicasen forzosamente la necesidad de rectificar ó modificar en el Registro el alcance de dichos créditos, más que compensación sería reducción de éstos lo que se hiciese, como á manera de anticipo en el pago ó liberación de los mismos y sin posibilidad ya de utilizar en lo sucesivo, hasta el momento oportuno, los créditos que contra su acreedor hubiese adquirido el deudor.

No desconozco que podrían adoptarse ciertos temperamentos para precisar especialmente la eficacia de la compensación con relación á tercero; pero es preciso no olvidar que, en este punto, se corre siempre el riesgo de desnaturalizar la compensación, para convertirla simplemente en reducción anticipada de las obligaciones.

Aunque para no producir alteración en nuestro derecho, y sobre todo mientras no se regule lo relativo á la compensación, al tratar, en el libro IV, de los modos de extinguirse las obligaciones y de la transferencia de créditos, no podía menos de hacer presente al ocuparme del art. 153 de la ley Hipotecaria, la necesidad de salvar el silencio que en este punto se observa en dicho precepto legal, para que no pueda suponerse que mientras el deudor no haga constar en el Registro las causas por las cuales pueda utilizar en su día la compensación, sea lícito al acreedor substraerse á sus efectos enajenando ó cediendo el crédito á un tercero.

El art. 153 de la ley Hipotecaria establece, no obstante, frente á esta separación entre la hipoteca y el crédito, no sólo que el deudor no quedará obligado á más de lo que lo estuviere por el suyo, sino que el cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente.

Estas dos afirmaciones de la ley Hipotecaria, si bien

no determinan el momento á que hacen referencia, aparecen, sin embargo, completándose y mostrando la reciprocidad entre las mismas, á fin de que la subrogación del cesionario en los derechos del cedente deba entenderse asimismo en lo relativo á las obligaciones que derivan de la existencia del crédito, toda vez que es esta la lógica consecuencia de no deber el deudor quedar obligado á más de lo que lo estuviere en virtud de su contrato.

Y decía que la ley Hipotecaria guarda silencio en cuanto al tiempo, porque ésto es precisamente lo que puede motivar las dudas respecto á los efectos de la compensación, que ha de sobrevenir siempre con posterioridad á la constitución del crédito ó, por mejor decir, al tratar de hacerle efectivo.

¿Es que la ley Hipotecaria ha consignado dichas dos afirmaciones (párrafos 2.° y 3.° del art. 153) con relación al momento de la constitución del crédito hipotecario y, de consiguiente, á las obligaciones del deudor por virtud de este crédito y á los derechos del acreedor en razón del contrato originario?

¿Es que, por el contrario, ha consignado dichas afirmaciones con relación al momento de la enajenación ó cesión del crédito hipotecario y, por tanto, según el alcance que tuvieran entonces las obligaciones del deudor y los derechos del acreedor, en razón de las causas por las que legalmente resultara modificada ó extinguida la obligación principal garantizada por la hipoteca?

La misma circunstancia de hacerse en dicho artículo las afirmaciones referidas, parece indicar que se señalan como efectos de la enajenación ó cesión y, por consiguiente, con relación al momento en que éstas tengan lugar, ya que al fin, siendo como es conocida la persona del deudor, tratándose de un crédito hipotecario, tiene el adquirente medio de provocar con su intervención la defini-

ción del estado de las obligaciones que produzca en el momento que pretenda adquirirlo, sin que haya motivo para que la libertad del acreedor en el uso de su crédito deba alcanzar á que, sin intervención del deudor con el cual se halla ligado por la obligación principal garantizada, se menoscaben los derechos que al último corresponden en virtud de las condiciones bajo las cuales se haya formalizado la referida obligación.

La integridad de la obligación garantizada, así como los derechos que al deudor corresponden por el contrato mismo en que la haya formalizado y los efectos que legalmente esté llamada á producir, ni deben quedar á merced del acreedor ni dejar de ser eficaz sobre la misma hipoteca. Es esta, al fin, responsabilidad accesoria de una responsabilidad principal, y el que la adquiere en estas condiciones, si lo hace sin intervención del deudor, aunque después haya de darle conocimiento, sabe de sobra que á aquella obligación accesoria han de seguir las consecuencias que puedan afectar á la obligación principal.

La enajenación ó cesión del crédito hipotecario no debe, de consiguiente, alterar las relaciones en que se sostiene la existencia y eficacia de semejante crédito entre el acreedor y el deudor, siquiera en los límites que determina la aplicación de lo dispuesto en el mismo Código por sus artículos 1.198, 1.527 y 1.878; pero ante la disyuntiva de guardar silencio sobre este punto, según resulta en cierto modo del art. 153 de la ley Hipotecaria, ó expresarlo claramente para que nadie ignore los efectos de dichas relaciones entre acreedor y deudor, en las enajenaciones ó cesiones de los créditos hipotecarios, he creído que debía en este sentido completar el párrafo 3.° de dicho artículo de la ley Hipotecaria con lo que al efecto establece el tercero también del art. 1.612 del Proyecto.

Otra reforma también estimo igualmente necesaria, á saber: la de reducir la aplicación de lo dispuesto en el úl-

timo párrafo del art. 153 de la ley Hipotecaria únicamente á los créditos representados por títulos al portador.

En éstos es solamente en los que se realiza la identificación del derecho con el documento en que consiste el título al portador y donde, por lo mismo, cabe que aquél siga la misma suerte que al documento reserve su tradición ó entrega.

La ley Hipotecaria, sin embargo, ha hecho extensivas las disposicioues del último párrafo de dicho artículo (artículo 153) á las obligaciones transferibles por endoso; pero fácil es comprender, aun independientemente de la incorrección de este enunciado, por ser propiamente lo transferible por endoso el crédito y no la obligación, que no es posible equiparar el movimiento jurídico del título al portador con el que necesita del endoso para poderse realizar, y mucho menos para ligar á esta clase de transferencias la suerte de un verdadero derecho real como es el de la hipoteca.

En el título al portador, ya lo dije en su lugar oportuno, el derecho se exterioriza de tal modo, que queda por el documento que lo representa convertido en cierta manera en *cosa*.

No así en los títulos transmisibles por endoso. En éstos, ni la eficacia del endoso alcanza al documento, sino al derecho á que el mismo documento se refiere, ni altera en este último su condición de mero título de justificación.

Hay, por decirlo así, como en todo elemento jurídico que no consiste en título al portador, verdadera separación entre el derecho y el documento por el que se da á conocer, verdadera independencia entre el título jurídico y el medio de su justificación.

A buen seguro que no pretendería la legislación hipotecaria convertir en títulos al portador los documentos endosables; de otro modo, lo habría dicho expresamente;

y como complemento de esta manifestación, sólo á los títulos al portador hubiera referido los efectos del último párrafo de dicho art. 153.

Mas como lejos de esto, se refiere igualmente á los documentos endosables, estatuyendo los mismos efectos en lo relativo á la enajenación ó cesión del crédito hipotecario, para documentos de tan distinta naturaleza jurídica como los títulos al portador y los créditos endosables, no puedo menos de hacer notar la inconsecuencia de haber adoptado la referida doctrina, toda vez que, á ser buena, no debía haber habido el más mínimo inconveniente para ligar la suerte de las hipotecas, y aun de todos los derechos reales, á cuantos títulos de derecho se formalicen tan sólo por documento privado.

Al fin, acto de naturaleza privada es por sí mismo el endoso. Surgen en él con tal motivo cuantas cuestiones puede originar lo referente á su autenticidad y á la identificación de las personas por quienes se formalice; y como aun esto no siempre ha de ser posible determinar por el solo documento, sino en razón del derecho á que el mismo documento se refiere, dada la separación que existe entre el derecho como título jurídico y el documento como medio de justificación, se penetra desde luego que toda la utilidad del Registro y toda la certidumbre y fijeza que para el movimiento de los derechos reales se buscan en las solemnidades especiales de los documentos registrables, caerían por su base en lo relativo á la enajenación y cesión de créditos hipotecarios, si hubiera de subsistir la innovación que introdujo al citado artículo de la ley Hipotecaria su reforma de 1870, entregando la suerte de la hipoteca á todas las contingencias que pueden sobrevenir por el acto del endoso.

Con notoria previsión se resistieron ya á este paso los primitivos redactores de la ley Hipotecaria. No se les ocultó su significativa trascendencia, y aun cuando no

señalaron para rechazar semejante forma de transmisión el capital fundamento que existía por falta de identificación entre el título de derecho y el documento que lo representa, se penetraron, no obstante, de los gravísimos riesgos á que había de conducir todo supuesto por el cual se creyera suficiente para el objeto de la ley Hipotecaria y para el crédito territorial que el Registro dé á conocer sólo las fincas gravadas y el importe de los gravámenes, aunque no la designación de las personas á quienes éstos correspondan.

Este criterio seguido, verdadera rectificación de lo establecido en la primitiva ley Hipotecaria, no pudo menos de introducir una innovación peligrosa: la de entregar constantemente á la suerte de cuanto se acredite ante los tribunales de justicia la eficacia y el valor de los créditos hipotecarios representados por títulos endosables.

Sólo á la escasez de esta clase de valores puedo atribuir el que la práctica no haya protestado contra semejante innovación. Por regla general han sido sólo valores al portador los que han sido objeto de la reforma introducida en el mencionado art. 153, y ya queda manifestado que en éstos es enteramente posible realizar en buenos principios y sin riesgos el movimiento jurídico, que no exige la designación de la persona en cuyo favor se halle constituído el derecho real.

La falta de determinación, en nuestro derecho, de un régimen jurídico de carácter general para el origen y movimiento de los títulos al portador, pudo contribuir á que se tratara de salvar semejante deficiencia en el orden de la legislación concediendo al endoso lo que se creía incompatible con todos los demás documentos privados, creyendo sin duda que mientras la legislación no facilitase el medio de obtener análogos resultados con la creación fácil y expedita de los títulos al portador, mirados por entonces con cierta desconfianza en el movimiento

del derecho, se abrían al crédito territorial horizontes que hasta cierto punto exigía el movimiento que en la vida presente alcanzaba la legislación mercantil.

A los riesgos posibles se oponían las ventajas que cabía reportar de semejante latitud; aun cuando hubiera de cerrarse los ojos á la naturaleza del derecho real inherente á todo crédito hipotecario, cuyo movimiento jurídico no podía ser expedito ni tampoco seguro mientras el Registro no pueda darlo á conocer y haya de quedar, por el contrario, entregado á la suerte de elementos que, como el endoso, son independientes y extraños al referido Registro.

Mas lo que entonces pudo considerarse como un mal menor, debe ya considerarse mucho más agravado cuando al fin, como sucede propiamente en el Proyecto que acompaño, el régimen de los títulos al portador y las disposiciones que lo regulan, ya como objeto de derecho (sección 1.ª del cap. I, tít. preliminar del lib. III), ya como relación jurídica (sección 2.ª, cap. I, tít. prelimar del lib. IV) franquea el medio de que esta clase de valores no queden en cierto modo relegados de la legislación civil y puedan, por el contrario, realizar en ella la vida común del derecho, proporcionando lo necesario á quien le interese para que los títulos de crédito puedan tener garantía hipotecaria, en forma capaz de conferir á la hipoteca la mayor movilidad posible, como es aquella en que el respectivo título de derecho no resulta ligado á la esfera de acción de una persona determinada.

El endoso para la enajenación ó cesión del crédito hipotecario no tiene ya razón de ser para facilitar á éste mayor movilidad sin menoscabo de la seguridad que debe acompañar á todo derecho real, una vez regulada la institución de los títulos al portador de tal manera que quepa traerlos á la vida jurídica con la misma expedición que cabe hacerlo con la emisión ó formalización de un título endosable.

Cesando aquella necesidad, queda la formalización del endoso, por lo referente á los indicados efectos, en análogas ó, por mejor decir, idénticas condiciones que las peculiares á los actos y documentos privados, sin que haya motivo racional, ni aun de mera conveniencia, para establecer en favor de aquéllos un privilegio (que siempre resulta peligroso) contrario á lo que exige la naturaleza de estos últimos.

Las ventajas del último párrafo del art. 153 de la ley Hipotecaria eran necesarias, ciertamente, debiendo introducirlas en la legislación; mas no por motivos de mera conveniencia, como los de dar mayor desarollo ó mayor facilidad al crédito territorial, sino por motivos de razón y esencialmente jurídicos, como los de regular el origen y la vida de los títulos al portador y señalar, en su consecuencia, la suerte de las hipotecas destinadas á garantizar esta clase de valores.

Aparte de las dos reformas que se acaban de indicar con relación al contenido del art. 153 de la ley Hipotecaria, al compararlo con el 1.612 del Proyecto que acompaño, no puedo menos de hacer también presente que aunque todos estos artículos, é igualmente el 1.878 del Código, se refieren á la posibilidad de enajenar ó ceder el crédito hipotecario en todo ó en parte, envuelven, sin embargo, acerca de este último particular, ó sea respecto á la enajenación ó cesión parcial, un problema importantísimo de carácter esencialmente sustantivo, como llamado á precisar los efectos que así en las relaciones con el deudor, como entre los que resulten partícipes del crédito hipotecario, deban producirse cuando tenga lugar la referida clase de enajenación ó cesión.

Estas relaciones constituyen hoy propiamente una incógnita en el derecho; por más que es de suponer que serán poco frecuentes las cesiones parciales de créditos hipotecarios cuando, no obstante el silencio de la ley, se

observa cosa análoga respecto á la jurisprudencia, á pesar de los años transcurridos desde que se halla en vigor el moderno régimen hipotecario.

El citado art. 153 de la ley Hipotecaria, en su párrafo 3.º, declara que el cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente; y sin embargo, mientras no se precisen los efectos de semejante subrogación cuando se trate de la cesión parcial, no es fácil contestar á las siguientes preguntas: ¿Es que por dicha subrogación quedará excluído el cedente del ejercicio de las acciones que correspondan para la debida eficacia del crédito hipotecario? ¿Concurrirán, por el contrario, cedente y cesionario en el referido ejercicio, conservando el cedente, no obstante lo establecido en dicha disposición legal, los derechos que le asistían por el referido crédito? En caso de concurrencia, ¿podrá el cedente y cada uno de los cesionarios ejercitar indistintamente los mismos derechos y provocar separadamente la enajenación de la finca hipotecada, ó sus reclamaciones contra el deudor ó un tercero; ó deberán, por el contrario, dar unidad al ejercicio de cualquiera acción que contra el deudor ó tercero corresponda en virtud de dicho crédito? En este último caso, ¿cuál habrá de ser la forma y condiciones de semejante unificación? ¿En qué proporción deberán intervenir para conseguirla? Y cualesquiera que sean las soluciones que prevalezcan acerca de estos particulares, relativos al régimen de la participación de cedente y cesionario en la realización del crédito hipotecario, ¿deberá ó no contarse con la persona del deudor para establecer entre ellos el régimen que corresponda?

Aunque estas mismas indicaciones revelan por sí solas que también pueden ser otras las cuestiones que sobrevengan con motivo de la enajenación ó cesión parcial de algún crédito hipotecario, la sola posibilidad de las dificultades que habrían de originar las indicadas exige de

parte de la ley solución definitiva acerca de este vacío de nuestro derecho, si es que no se opta por reformar lo prevenido en el art. 153 de la ley Hipotecaria en el sentido de impedir la enajenación parcial.

Ni creo necesario acudir á este extremo, ni conveniente tampoco mantener en este punto el silencio de la ley. Quizás á esta misma incertidumbre sea debida la escasez de transferencias parciales que, según decía, me permite suponer también el silencio de nuestra jurisprudencia.

Si el precepto legal ha de ser útil;. si, en una palabra, hay interés y es justo el conservarlo, es preciso hacer desaparecer toda incertidumbre acerca de sus efectos, sobre todo bastando, como á mi juicio basta tener presente, tratándose como se trata de un derecho de propiedad, las disposiciones establecidas para la propiedad común; pues de sobra se penetra que la cesión parcial de un crédito, aunque sea hipotecario, ha de consistir necesariamente en señalar algún límite respecto á la cantidad, y, por consiguiente, en un elemento que por su proporción con la totalidad del crédito, no sólo permite la comunidad de interés en cuanto al mismo, sino que sirve á su vez para fijar la participación ó parte alícuota que á cada interesado corresponda.

En este sentido aparece en el Proyecto el art. 1.613, que al propio tiempo que determina entre el cedente y el cesionario la copropiedad verificada, defiende la posición jurídica del deudor frente á las cesiones parciales, para que éstas no se conviertan á discreción del acreedor en verdadera división de créditos hipotecarios; sino que manteniendo el crédito de que se trata su integridad originaria, no se vea el deudor expuesto á ser perseguido por distintos acreedores.

Artículo 154. — Nada tendría que exponer acerca del contenido de este artículo, si no hubiera resultado como resulta, á mi juicio, completamente desvirtuada su doc-

trina, por lo que sin duda para su desarrollo se estableció en el art. 109 del Reglamento de la ley Hipotecaria.

Después de lo establecido en el art. 153 exigiendo como requisito de la enajenación ó cesión de un crédito hipotecario la circunstancia de dar conocimiento al deudor, parecía natural y resultaba correcta la disposicición del artículo 154 como sanción de los efectos que en cierto modo habían de sobrevenir contra semejante enajenación por falta de notificación, y de la posibilidad consiguiente de que contra el cesionario, y no contra el deudor, resultaran los perjuicios con motivo de dicha falta.

Fácil es comprender que para que los perjuicios recaigan contra la persona del cesionario y crea, no obstante, del caso procurar la ley que éste deba ser indemnizado mediante la garantía ó responsabilidad del cedente, ha de ser con motivo de no surtir efecto la cesión de que se trate á consecuencia de no haberse cumplido todos los requisitos exigidos para su celebración.

Así viene á confirmarlo además el art. 108 del Reglamento de la ley Hipotecaria, inspirado sin duda en la absoluta necesidad de cumplir el expresado requisito de dar conocimiento al deudor de la enajenación ó cesión. Lo previene de tal modo dicho artículo, que exige dicho requisito como previo para que pueda inscribirse el contrato de cesión; y por esto no puede menos de sorprender que el art. 109 del Reglamento destruya ó altere substancialmente la referida doctrina tan correcta de la ley y del art. 108 del Reglamento, por la sola circunstancia de que el deudor no resida en el pueblo en que se otorgue la escritura de enajenación ó cesión.

Es esta una circunstancia por todo extremo fuera del alcance del deudor, como que depende de la exclusiva voluntad de los interesados en el contrato de que se trate, y que por lo mismo pueden explotar siempre que esté en su conveniencia como medio de eludir la exigencia legal

de dar al deudor conocimiento del contrato, si no se mantiene con firmeza lo prevenido en el art. 108 del mencionado Reglamento.

Esto fué, sin embargo, lo que se hizo en el art. 109 del mismo, á saber: abrir un portillo por el cual pudieran cedente y cesionario prescindir en absoluto del conocimiento del deudor, con sólo otorgar la escritura en población distinta de la residencia del mismo.

Al autorizar el Reglamento que en estas condiciones se inscriba el contrato y se tenga por hecha la notificación; en una palabra, al levantar esta presunción contra el deudor por una mera contingencia que no está en su mano evitar, no puede menos de descubrirse el abandono absoluto con que el Reglamento de la ley Hipotecaria dejó acerca de este particular los derechos del deudor tan firmemente defendidos por la ley.

Semejante contraposición entre la ley y el Reglamento exige, á mi juicio, que éste ceda á lo dispuesto en aquélla y que por lo mismo se rectifiquen sus disposiciones en términos análogos, sino idénticos, á lo prevenido en el párrafo 2.° del art. 1.614 del Proyecto que acompaño, para que, sin perjuicio de facilitar el medio oportuno de dar al deudor conocimiento del contrato de que se trate, se mantenga resueltamente el criterio de la ley defensivo de los derechos del deudor que en dicho contrato no tenga intervención, y se evite además el contrasentido de declarar contra el cedente la responsabilidad á que se refiere dicho artículo 109 del Reglamento, porque precisamente ha de ser el cesionario la persona á quien no se siga perjuicio por falta de la obligación que al cedente se impone, desde el momento en que se autoriza la inscripción del contrato y se tiene por hecha la notificación á pesar de no haberse practicado.

El citado art. 1.614 del Proyecto, llevando como lleva á la parte sustantiva lo que en realidad es más que regla-

trina, por lo que sin duda para su desarrollo se estableció en el art. 109 del Reglamento de la ley Hipotecaria.

Después de lo establecido en el art. 153 exigiendo como requisito de la enajenación ó cesión de un crédito hipotecario la circunstancia de dar conocimiento al deudor, parecía natural y resultaba correcta la disposicición del artículo 154 como sanción de los efectos que en cierto modo habían de sobrevenir contra semejante enajenación por falta de notificación, y de la posibilidad consiguiente de que contra el cesionario, y no contra el deudor, resultaran los perjuicios con motivo de dicha falta.

Fácil es comprender que para que los perjuicios recaigan contra la persona del cesionario y crea, no obstante, del caso procurar la ley que éste deba ser indemnizado mediante la garantía ó responsabilidad del cedente, ha de ser con motivo de no surtir efecto la cesión de que se trate á consecuencia de no haberse cumplido todos los requisitos exigidos para su celebración.

Así viene á confirmarlo además el art. 108 del Reglamento de la ley Hipotecaria, inspirado sin duda en la absoluta necesidad de cumplir el expresado requisito de dar conocimiento al deudor de la enajenación ó cesión. Lo previene de tal modo dicho artículo, que exige dicho requisito como previo para que pueda inscribirse el contrato de cesión; y por esto no puede menos de sorprender que el art. 109 del Reglamento destruya ó altere substancialmente la referida doctrina tan correcta de la ley y del art. 108 del Reglamento, por la sola circunstancia de que el deudor no resida en el pueblo en que se otorgue la escritura de enajenación ó cesión.

Es esta una circunstancia por todo extremo fuera del alcance del deudor, como que depende de la exclusiva voluntad de los interesados en el contrato de que se trate, y que por lo mismo pueden explotar siempre que esté en su conveniencia como medio de eludir la exigencia legal

de dar al deudor conocimiento del contrato, si no se mantiene con firmeza lo prevenido en el art. 108 del mencionado Reglamento.

Esto fué, sin embargo, lo que se hizo en el art. 109 del mismo, á saber: abrir un portillo por el cual pudieran cedente y cesionario prescindir en absoluto del conocimiento del deudor, con sólo otorgar la escritura en población distinta de la residencia del mismo.

Al autorizar el Reglamento que en estas condiciones se inscriba el contrato y se tenga por hecha la notificación; en una palabra, al levantar esta presunción contra el deudor por una mera contingencia que no está en su mano evitar, no puede menos de descubrirse el abandono absoluto con que el Reglamento de la ley Hipotecaria dejó acerca de este particular los derechos del deudor tan firmemente defendidos por la ley.

Semejante contraposición entre la ley y el Reglamento exige, á mi juicio, que éste ceda á lo dispuesto en aquélla y que por lo mismo se rectifiquen sus disposiciones en términos análogos, sino idénticos, á lo prevenido en el párrafo 2.° del art. 1.614 del Proyecto que acompaño, para que, sin perjuicio de facilitar el medio oportuno de dar al deudor conocimiento del contrato de que se trate, se mantenga resueltamente el criterio de la ley defensivo de los derechos del deudor que en dicho contrato no tenga intervención, y se evite además el contrasentido de declarar contra el cedente la responsabilidad á que se refiere dicho artículo 109 del Reglamento, porque precisamente ha de ser el cesionario la persona á quien no se siga perjuicio por falta de la obligación que al cedente se impone, desde el momento en que se autoriza la inscripción del contrato y se tiene por hecha la notificación á pesar de no haberse practicado.

El citado art. 1.614 del Proyecto, llevando como lleva á la parte sustantiva lo que en realidad es más que regla-

mentario, unifica en un solo artículo, el 108 del Reglamento y el 154 de la ley (parrafo 3.° de dicho art. 1.614 del Proyecto), rectificando en el sentido expresado la referida antinomia que, según queda dicho, se observa entre la ley y el Reglamento en el citado art. 109 de este último.

Artículos 155 y 156. — Sobre estos dos preceptos de la ley Hipotecaria únicamente he de hacer notar, en su comparación con el Proyecto, la impropiedad del lugar en que resultan colocados.

Corresponde el 155 á las hipotecas legales, y por esto aparece en el Proyecto (art. 1.626) entre las disposiciones que se ocupan de estas últimas. Y por lo que se refiere al art. 156, su propio contenido descubre desde luego el carácter general y común de su materia para su aplicación á cualquiera clase de hipoteca; lo cual exige que, en lugar de figurar como doctrina peculiar de las hipotecas voluntarias, se consigne, según aparece en el art. 1.599 del Proyecto, como asunto correspondiente á las reglas generales de la hipoteca y sus efectos.

SECCIÓN TERCERA

De las hipotecas legales.

Artículo 158. — Tradúcese en el Proyecto por el artículo 1.617 la modificación que respecto al contenido de dicho art. 158 de la ley Hipotecaria aparece en el párrafo 2.° del art. 1.875 del Código Civil.

Artículos 159 y 161. — Ya al ocuparnos del anterior capítulo contenido en el Código Civil (III, tít. XV, lib. VI) en lo relativo á la naturaleza de la hipoteca, según resulta de las disposiciones que comprende, y á los errores y confusión de concepto que, á mi juicio, es necesario rectificar para que dicha institución se acomode á su verdadero valor jurídico, hube de hacer notar la peligrosa, por

no decir la gran trascencencia de la innovación introducida por el párrafo 1.° del art. 1.875, sin que pudiera considerar que obedeciese á otro precedente que á la generalización indebida y á la equivocada inteligencia del contenido de este art. 159 de la ley Hipotecaria.

No he de repetir ahora las indicaciones que á este propósito hice entonces en demostración de que ni para las hipotecas voluntarias ni para las hipotecas legales sea necesaria la inscripción, para su legítima existencia; ni he de reproducir tampoco las que hacía, al propio tiempo, en demostración también del sentido con que consignó la ley Hipotecaria el mencionado precepto, destinado á señalar cuándo ó con qué requisitos había de quedar realmente constituída la hipoteca legal para el efecto de no poder exigir nueva constitución por la misma causa que la motiva.

A esto sin duda fué debido que el art. 159 de la ley Hipotecaria, á diferencia del párrafo 1.° del art. 1.875 del Código, hablase sólo de cuándo deba entenderse constituída la hipoteca legal y no de cuándo queda válidamente constituída.

No era la validez ó ineficacia de la hipoteca legal lo que preocupaba á los redactores de la ley Hipotecaria al formular aquel art. 159 de la mencionada ley. Teniendo presente que la hipoteca legal sólo confería el derecho para conseguir su constitución, ó por mejor decir, su formalización (art. 158), y teniendo á su vez en cuenta que el régimen de la hipoteca así alcanza á su eficacia entre aquellos que la constituyen como á su eficacia con terceros, mediante las circunstancias especiales correspondientes á cada una de estas dos situaciones, se consideraron sin duda en el caso de señalar la necesidad de que, aun con terceros, pudiera ser eficaz la hipoteca que se formalizase en virtud del derecho á obtener hipoteca legal, para que de este modo fuese absoluto y con plena virtualidad de

verdadero derecho real el valor de la hipoteca, para que pudiera cesar la necesidad de constituirla en los obligados á ella.

Por esto decía que el art. 159 dejó á salvo cuanto á la validez de la hipoteca hace referencia; y si consignó un precepto al parecer análogo al del párrafo 1.º del artículo 1.875 del Código Civil, su misma limitación á las hipotecas legales revelaba claramente que la exigencia que imponía no era peculiar á la naturaleza de la hipoteca, sino sólo conducente á un punto relativo simplemente á las hipotecas legales, por la referida circunstancia de no conferir otro derecho que el de exigir la constitución de una hipoteca especial.

¿Cuándo debía quedar cumplida semejante constitución? En el justo propósito de ofrecer completa seguridad á los derechos que motivaran la constitución de una hipoteca legal, la ley no podía exponer á que entre personas ligadas las más veces por vínculos de familia se limitaran al otorgamiento de los documentos necesarios, que si podían bastar para la validez de la hipoteca y su eficacia entre los mismos llamados á constituirla, no fuesen justificantes para alcanzar igual resultado respecto á la persona de un tercero.

Ante la necesidad, pues, de evitar que aquellas relaciones de familia pudieran ser explotadas, y la de evitar igualmente que fuesen varias las reclamaciones encaminadas á conseguir, por una misma causa, la constitución de diferentes hipotecas, he de adoptar el criterio á que el artículo 159 se refiere, para que ni pudiera molestarse al obligado con reclamaciones sucesivas, ni abusarse del asistido de derecho á la hipoteca legal, por ignorancia ó contemplaciones injustificadas.

He aquí por qué indicaba, y así lo formula el art. 1.620 del Proyecto, que sólo á la eficacia de semejantes hipotecas hace referencia el citado art. 159, y que para evitar

dudas acerca de su inteligencia y de su alcance, era preciso rectificar su redacción en el sentido en que vienen informados los dos párrafos que en dicho art. 1.620 se comprenden; siendo consecuencia de esta misma modificación la que exige igualmente el art. 161 de la mencionada ley, para que dejando de confundir la constitución de la hipoteca y su inscripción, á fin de dejar á salvo á cada uno de estos particulares sus efectos respectivos, pueda la hipoteca legal surtir los mismos efectos que las voluntarias, no sólo después de inscritas, según decía la ley Hipotecaria, sino aun antes de su inscripción, desde el momento que haya sido constituída; todo lo cual revela, conforme indicaba con referencia al art. 159, que la inscripción no es requisito inherente á la constitución, sino complementario de aquélla, y tan sólo en sus efectos con relación á tercero.

Artículo 168.—Ante todo, he creído necesario modificar el enunciado de este artículo. La ley Hipotecaria, dejándose llevar del criterio de nuestro antiguo derecho en lo relativo á hipotecas legales, declaró, como aquél, que establecía hipoteca legal en favor de las personas á que se refieren los distintos números que dicho artículo comprende.

Nada más natural, si para la debida eficacia de semejante hipoteca bastara la mera declaración de la ley.

Teniendo como tenían antes valor general sobre todos los bienes del obligado las hipotecas de esta clase, nada más correcto que respetar las establecidas por la ley, pues no hacía falta otra cosa para caracterizar sus efectos respecto á los bienes á que éstos alcanzaban, que el conocimiento de su respectiva pertenencia y, por tanto, el nombre de la persona obligada por la ley.

La transformación del sistema hipotecario exigió también en este punto un cambio verdaderamente radical. No existiendo la hipoteca sin la determinación de los bie-

nes sobre que ha de recaer; siendo, por lo mismo, insuficiente la designación de su pertenencia, é indispensable la singularización de aquellos á que concretamente ha de afectar la hipoteca, no pudieron menos de penetrar los redactores de la ley Hipotecaria la absoluta necesidad del referido cambio, que inspiró la doctrina formulada en el mencionado art. 158 de dicha ley.

La hipoteca, para cuya constitución bastaba antes la mera declaración legal, exigía ahora la constitución especial en forma idéntica á las hipotecas voluntarias; y lo que antes era verdadero derecho hipotecario por efecto inmediato de la ley ó de su declaración, quedaba ahora convertido en simple derecho ó facultad para obtener la constitución de aquel gravamen como efecto inmediato del acto de su formalización.

Transformada en estas condiciones la hipoteca *legal*, para pasar á ser tan sólo hipoteca *necesaria*, se comprende desde luego que la misma reforma del art. 158 de la ley Hipotecaria había de reflejarse en el mencionado artículo 168, de que me estoy ocupando, ya que el contenido de este artículo se refiere más bien á determinar las causas por las cuales puede exigirse la mencionada hipoteca, que á establecer, como dice su enunciado, las hipotecas de dicha clase.

Hoy la ley no establece la hipoteca legal, sino sólo determina las circunstancias que hacen necesaria su especial constitución.

Dejando, pues, aparte este punto, rectificado ya en el enunciado del art. 1.618 del Proyecto, he creído igualmente indispensable introducir algunas modificaciones en los distintos números que comprende, tanto para ponerlos en armonía con las transformaciones que después de la ley Hipotecaria han tenido en nuestra legislación algunas de las instituciones á que hacen referencia, como para armonizarlas á su vez con otras disposiciones tam-

bién de la misma ley y con algunas de las adoptadas en el Código Civil.

De ellas habré de ocuparme más adelante al tratar, en el libro IV, de las relaciones necesarias por causa de pública utilidad. Pero independientemente de cuanto incumbe reservar para entonces como expresión del desarrollo de cada una de las causas originarias de la hipoteca legal ó, por mejor decir, de cada una de estas clases de hipotecas, no puedo menos de hacer, por de pronto, en este lugar la determinación de las mismas por la designación de las distintas causas que motivan su respectiva constitución.

Muéstranse entre ellas, á diferencia de lo consignado en dicho art. 168 de la ley Hipótecaria, las relativas á sus cuatro primeros números, que completa además el número 3.° del art. 1 618 del Proyecto.

Respecto al número 1.° comprende, ante todo, la ley Hipotecaria como causa de la hipoteca legal la dote entregada solemnemente bajo la fe de Notario.

Este límite relativo á la dote entregada parece excluir la hipoteca legal por dote confesada, si se tiene en cuenta que el art. 157 de la misma ley Hipotecaria declara, de un modo expreso, que *únicamente* son hipotecas legales las mencionadas en el art. 168.

Como dicho artículo no hace mención de la dote confesada, podría creerse que en el ánimo del legislador estuvo excluirla de toda hipoteca legal; y sin embargo, la misma ley Hipotecaria reconoció ya por su art. 171, como lo ha hecho también el Código Civil por su art. 1.345, que cuando concurran las condiciones á que hacen referencia dichos artículos de la expresada ley y el Código, puede ser exigida la constitución de semejante hipoteca.

En este sentido, ó sería preciso alterar el referido concepto excluyente del citado art. 157 de la ley Hipotecaria, ó sería menester para conservarlo, con objeto de pre-

çisar cuáles puedan ser hipotecas de dicha clase, que también en el art. 168 viniera incluída la mencionada hipoteca legal, no obstante no tratarse de dote entregada al marido bajo la fe de Notario.

Este último criterio es el que me ha parecido más conveniente adoptar en el número 1.° del artículo 1.618 del Proyecto, del mismo modo que el de prescindir del concepto de arras, ya que, al fin, no dejan de ser donaciones y venir en este sentido comprendidas en lo que al efecto dispone el art. 1.331 del Código Civil. Hay más; pues por lo que se refiere á la seguridad de los derechos de la mujer, alcanzaría la hipoteca legal tanto á las ofrecidas por el marido cómo á las entregadas, no olvidando que estas últimas sólo reclamarían la mencionada hipoteca cuando por su parte la mujer hubiera llevado en concepto de aportación al matrimonio, las condiciones que así respecto á los parafernales como á cualesquiera otra clase de sus bienes señalan los dos últimos párrafos del número 1.° de dicho art. 168 de la ley Hipotecaria y últimos igualmente del número 1.° del art. 1.618 del Proyecto.

Si respecto al número 1.° resulta, en cierto modo, de mera ordenación la indicada reforma que principalmente se concreta á armonizar preceptos que aparecían establecidos, aunque con alguna incongruencia, en la mencionada ley, trátase, por el contrario, con relación al núm. 2.° del citado art. 168 de la ley Hipotecaria, de acordar su contenido á los cambios sobrevenidos en las instituciones á que hace referencia, á saber: las reservas y los peculios.

Concretábanse las primeras á las personas de los padres, favoreciendo, de consiguiente, los derechos de los hijos. Por esto sin duda el referido número 2.° del citado artículo de la ley Hipotecaria habló sólo de los hijos con relación á los bienes de sus padres. Pero después del Código Civil, cuyo art. 978 claramente establece, de acuerdo con lo que igualmente consignaba el art. 800 del proyecto

de Código de 1851, que la obligación de reservar es, no sólo en favor de los hijos, sino también de los demás descendientes, corroborando en este sentido el art. 971 del Código Civil la necesidad de que no existan hijos ni descendientes legítimos del primer matrimonio, para que cese la obligación de reservar motivada por la celebración de un matrimonio ulterior, se comprenderá la necesidad de que la hipoteca legal por causa de reserva no se contraiga ya solamente á los términos del citado artículo 168 de la ley Hipotecaria, sino que se extienda, modificando en lo indispensable la redacción de este precepto, á los grados que en orden á los ascendientes y descendientes ha extendido la referida obligación el nuevo cuerpo legal.

Pero el mencionado número 2.° no se limita á la hipoteca legal por causa de reserva. Trata también de las que derivan de peculio.

En cuanto á este último punto es conocida la modificación que ha tenido nuestro derecho, principalmente desde la ley de 1870 relativa al matrimonio civil, cuyo alcance en lo referente á la seguridad del patrimonio particular de los hijos, especialmente respecto á bienes inmuebles y derechos reales constituídos sobre los mismos, procuró ya determinar la Real orden de 28 de Agosto de 1876.

Ya la ley Hipotecaria, por el sistema adoptado relativamente á los efectos de la hipoteca legal por razón de peculio, había introducido una importante innovación en las facultades que con arreglo á nuestro derecho asistían á los padres para la enajenación de los bienes de sus hijos no emancipados.

No es de este lugar hacer indicación alguna sobre la prioridad que acerca de esta innovación cupiera atribuir á la ley de Enjuiciamiento civil; porque lo esencial consiste en advertir cómo nuestra moderna legislación ha venido, aunque siempre poco á poco, á hacer desapare-

cer la especie de confusión que resultaba entre el patrimonio particular de los hijos y el del padre á cuya potestad estuvieran sometidos, en atención á las facultades que á éste atribuía nuestro derecho de Partida, y cómo, formalizada la debida separación de uno y otro patrimonio, ha quedado tan sólo lo referente al régimen de la capacidad en que se proceda para el movimiento jurídico ó á la suerte que corresponde á los bienes de los hijos.

Así se prescinde enteramente en nuestro Código de la designación ó denominación del peculio. Su valor antiguo como expresión de la dependencia del hijo, para ir formando su parte de bienes en el patrimonio paterno, ha ido desapareciendo á medida que se ha ido transformando la organización de la familia, y que por las innovaciones anteriormente referidas de nuestro moderno derecho han cesado también los últimos vestigios de aquella institución en las facultades especiales atribuídas á los padres por las leyes de Partida (ley 24, tit. XII de la Partida 5.ª).

No cabe, pues, reproducir en el Código ni tener por reproducida en el mismo, mediante la referencia que á la ley Hipotecaria hace su art. 1.880, el concepto de los peculios como causa determinante de hipoteca legal, porque esto equivaldría á reconocer subsistentes igualmente en nuestra legislación civil, siquiera para la constitución y eficacia ulteriores de semejante hipoteca, las disposiciones que en nuestro antiguo derecho regulaban aquella institución (la del peculio) que ha desaparecido.

Pero no porque se haya transformado la organización de la familia y haya cesado de esta suerte el carácter especial de la institución de los peculios, ha dejado de existir la necesidad á que principalmente respondían para caracterizar la debida separación entre los bienes de los padres y los bienes de los hijos sometidos á su potestad.

Esta separación de bienes, que mediante los peculios surge en forma de derechos del hijo respecto de la per-

sona del padre dentro de los componentes del patrimonio paterno, teniendo al efecto por base la *dependencia de la personalidad* del hijo relativamente á la persona del padre, se realiza hoy en forma de derechos propios del hijo, tanto respecto del padre como de cualquiera persona, como expresión del patrimonio ó propiedad exclusiva de aquél, teniendo por base en la organización de la familia la *insuficiencia* del hijo para regir por sí mismo los bienes de su exclusiva pertenencia.

Si la organización antigua demandaba satisfacer la necesidad de dicha separación de bienes por medio del peculio en atención á la especie de identificación entre la personalidad del padre y la del hijo no emancipado, la organización moderna, en que la emancipación ha venido á convertirse en institución relativa al régimen de la *capacidad* jurídica en lugar de serlo del régimen de la *personalidad,* sólo exige que aquella necesidad se satisfaga mediante el patrimonio privativo ó particular de cada uno de los individuos que componen la familia, en atención á la separación también que existe en la personalidad de cada uno, no obstante la autoridad confiada al padre ó madre para suplir la insuficiencia del hijo no emancipado.

Por esto la hipoteca legal fundada en el peculio surgía desde luego por el solo hecho de existir éste; y en cambio, la hipoteca fundada en el patrimonio sólo puede surgir en casos determinados en que por especialísimas circunstancias pueda considerarse en peligro la suerte de los bienes de los hijos.

Buena muestra de ello nos ofrece la misma ley Hipotecaria. Inspirada su primitiva redacción en un estado de familia cimentado con arreglo á nuestro antiguo régimen, exigía (artículos 168 de la ley y 143 del Reglamento) la constitución de hipoteca legal por la sola circunstancia de la existencia del peculio é independientemente, por tanto, de que el padre contrajera ó no segundas ó ulte-

riores nupcias; pero en cambio, al llevar á cabo la reforma del Reglamento cuando por la ley de Matrimonio civil se había modificado la organización de la familia, hubo ya de modificarse también el art. 142 del Reglamento de la ley Hipotecaria, para poner en armonía los preceptos respectivos, salvando la contradicción que resultaba entre la exigencia de la ley Hipotecaria para la hipoteca legal por el hecho del peculio y la exención de prestar garantía ó fianza que la ley de Matrimonio civil concedía al padre ó madre como usufructuarios de los bienes de los hijos (artículo 69) mientras no contrajeran segundas nupcias.

Con arreglo á la primitiva redacción de la ley Hipotecaria, la existencia del peculio era por sí causa determinante de la hipoteca legal. Mas en virtud de la referida modificación del Reglamento sobrevenida con motivo de la ley de Matrimonio civil, la existencia del peculio por sí solo no era causa determinante de la hipoteca legal, pues esta causa sólo sobrevenía por el segundo ó ulterior matrimonio de los padres.

Y nótese que al proceder la primitiva legislación hipotecaria del modo que acabo de indicar, puede decirse que no se dió cuenta suficiente de esa labor que con el tiempo se iba realizando en la transformación de la familia; porque á buen seguro que si en ello se hubiera fijado lo bastante, no hubiera mantenido el criterio idéntico que en cierto modo presentaba, ajustándose al antiguo sistema hipotecario en cuanto á las *causas* determinantes de la hipoteca legal y separándose abiertamente de él en cuanto á la *naturaleza* de semejantes hipotecas.

Así como en el antiguo sistema hipotecario, ó sea con las hipotecas generales y tácitas resultaba completamente correcta y acomodada á la manera de ser de la familia la causa fundada en la sola existencie del peculio para la determinación por ministerio de la ley de la hipoteca legal, en el moderno sistema hipotecario y, por tanto, con la

hipoteca pública y especial, si el legislador se vió precisado, como resulta por el art. 158 de la ley Hipotecaria, á desnaturalizar la hipoteca legal, para que ésta no surja por ministerio de la ley, sino por *algún acto* exigido por la misma, no podía menos dicha hipoteca de aparecer contraria ú opuesta al fundamento que, según la antigua organización de la familia, tenía la hipoteca legal por razón de los peculios.

Si la ley Hipotecaria hubiera podido mantener el origen y efectos de la hipoteca legal por ministerio de la ley, se habría comprendido que sostuviera como sostuvo al peculio como causa determinante de semejante hipoteca. Pero obligada á llevar la reforma del sistema hipotecario aun á las hipotecas legales, para que éstas dejaran de ser tales en realidad (no surgiendo como no surgían por ministerio de la ley) y pasaran á la categoría de simples hipotecas obligatorias ó necesarias, no es posible desconocer que difícilmente se habría revelado de un modo más notorio ese período de transición en que vino á informarse el moderno sistema hipotecario, cuyos definidores, á pesar del cambio de la naturaleza de la hipoteca, no se sintieron suficientemente convencidos ó autorizados para extender dicha transformación á sus causas determinantes.

Bien puede afirmarse que respecto á la hipoteca legal, de que me estoy ocupando, hubo de mezclarse el antiguo y el moderno sistema hipotecario. La hipoteca legal por razón de peculio que se originaba conforme al antiguo derecho, había, no obstante, de formalizarse y surtir sus efectos con arreglo al derecho moderno.

No es mi ánimo dirigir en este punto la menor censura á los autores de la primitiva redacción de la ley Hipotecaria. Se trata de una materia para la cual, sin duda, creyeron que era preciso que la legislación civil hablara, modificando al efecto el modo de ser de la familia en el

orden económico: y llamo la atención sobre este particular, porque desde luego se penetra que si la hipoteca legal en todo caso, por el hecho del peculio, no entrañaba peligro alguno para el orden interior de la familia, porque nada tenían que hacer el padre ni el hijo para que subsistiese la hipoteca, ni podía darse, por tanto, el caso de que por ella surgiese contraposición de intereses entre el padre y el hijo y aparecer, por lo mismo, la personalidad del hijo enfrente de la del padre, ó la necesidad de intervenir terceras personas para formalizar en favor de aquél los derechos que contra el padre le correspondiesen, sobrevenía, por el contrario, mediante el sistema moderno, que exige para la hipoteca un acto especial para su formalización, la posibilidad, no sólo de que se revele al exterior dicha contraposición de intereses entre padre é hijo, sino la necesidad, según indicaba, de que sea indispensable salvar dicha contraposición acudiendo á la intervención de terceros.

He aquí cómo aparece que si la hipoteca legal por razón de peculio no era ni podía ser un peligro para el orden interior de la familia con arreglo al antiguo régimen, puede, sin embargo, serlo conforme al derecho moderno.

Ofrecíase, con este motivo, la necesidad de seguir nuevos rumbos para la constitución de semejante hipoteca.

Al peligro posible que para dicha constitución podía originarse entre los padres y los hijos, había de corresponder, ó ser más bien causa determinante de la referida hipoteca, la circunstancia de sobrevenir en la famila situaciones peligrosas para la completa armonía de dichas relaciones.

Así se comprende que ya la legislación hipotecaria, una vez que la ley civil (por la de 1870) informó sobre nuevas bases el orden interior de la familia, se apresurara por el artículo 143 del Reglamento á rectificar aquel criterio absoluto que exigía la constitución de la hipoteca legal por

la existencia del peculio, para concretar tan sólo la referida hipoteca al caso especial en que el padre ó madre contrajesen segundas ó ulteriores nupcias.

Y he aquí cómo el Código Civil, sustentando en cuanto al usufructo legal (art. 492) la doctrina del citado art. 69 de la ley de Matrimonio civil, ha venido á mantener, con carácter excepcional ó para casos especiales, la constitución de la hipoteca legal por bienes de los hijos que rijan el padre ó madre en virtud de su patria potestad; pues lo dispuesto en el art. 163 de dicho Código, con referencia á la sección 3.ª del título V de la ley Hipotecaria, no puede menos de entenderse en el sentido indicado, ya se atienda á la aplicación del art. 202 de dicha ley, en virtud de lo prevenido en el mencionado art. 143 de su Reglamento, ya se atienda á la necesidad de armonizar los preceptos del propio Código que acabo de mencionar (artículos 163 y 492), ya se considere igualmente la disposición que contiene el párrafo 2.º del primero de estos dos artículos últimamente citados.

En presencia de esta situación jurídica no era posible, ni referirse al peculio, ni señalar como causa determinante de hipoteca legal en favor de los hijos la mera existencia de su propio patrimonio, al tratar de incorporar al Código, rectificados cual corresponde, los preceptos de la ley Hipotecaria; siendo indispensable, por tanto, que en la misma ó análoga forma á la que aparece en el número 2.º del art. 1.618 del Proyecto, la referencia de la ley Hipotecaria al peculio de los hijos se sustituya por la relativa al patrimonio particular de los mismos, concretándose además sólo á los casos que corresponda la causa que por ella determine la necesidad de la hipoteca legal.

Pero la necesidad de reservar ciertos bienes como causa determinante de esta clase de hipotecas no se limita, según el Código, á los padres respecto á los hijos y descendientes. La innovación introducida en favor de estas

últimas tuvo, aunque en casos distintos, una extensión mayor, que vino á admitir la reserva entre parientes.

Por más que ésta se haya limitado á las circunstancias especiales á que hace referencia el art. 811 del Código Civil, no deja de concurrir, en favor de los parientes que no sean hijos ó descendientes del obligado á reservar, una razón idéntica á obtener, para la seguridad de su derecho, las ventajas que la hipoteca legal garantiza, según el núm. 2.° del art. 168 de la ley Hipotecaria, á los hijos que tengan derecho á reserva sobre bienes de sus padres.

Sabido es en este punto que la hipoteca legal por causa de reserva no dependía de la organización de la familia. El derecho á la reserva asistía lo mismo al hijo mayor que al menor de edad, y, aun tratándose de este último, con entera independencia de que estuviera ó no emancipado.

Por más que pudiera creerse que estaba apoyada la reserva en la filiación, es lo cierto que, con la extensión que ha adquirido en el Código Civil pudiendo originarse por causa de parentesco, la hipoteca legal ha de descansar en la necesidad, común á todas las circunstancias indicadas respecto á los interesados en la reserva, de dar á conocer y asegurar en su caso (si se tratara de bienes muebles) el derecho de aquel á quien la reserva corresponde.

La inscripción de esta cualidad de los bienes cuando sean inmuebles y la hipoteca especial por lo referente á los muebles que comprenda la reserva, son efectos análogos á los de la hipoteca legal por causa de matrimonio, que exigen, por tanto, que también dicha clase de hipoteca se haga extensiva á favor de los parientes á quienes el nuevo Código ha conferido el derecho á reserva.

Dada la situación especial que en los bienes reservables origina, para el ejercicio del dominio y demás derechos de propiedad, la condición de que depende la eficacia de la reserva, no cabía establecer derecho acerca de la

misma sin dotar, por otra parte, de medio positivo para conseguir, en su caso, la realización de aquél.

Al derecho á la reserva debe acompañar la facultad de exigir garantía á aquel á quien pertenezcan los bienes sobre que pese la referida condición; y ya queda manifestado, en su lugar oportuno, que la hipoteca exigible es hipoteca legal.

Así, pues, tanto esta circunstancia como la anteriormente referida me han inclinado á incluir en el art. 1.618 del Proyecto (núm. 3.°) la mencionada hipoteca en favor de los parientes que tengan derecho á reserva sólo por razón de parentesco, estimando que la identidad de causa respecto á la establecida en favor de los hijos y demás descendientes exigía este complemento al derecho conferido á los referidos parientes por el art. 811 de nuestro Código Civil.

Respecto al núm. 3.° del art. 168 de la ley Hipotecaria, si bien no contiene el Proyecto variación alguna acerca del fondo de la doctrina que inspira dicho precepto legal, se observarán, no obstante, comparado con el núm. 4.° del art. 1.618 del Proyecto, algunas variantes de redacción, que son sólo consecuencia de la referida modificación por la cual el Código (art. 968) acabó por reconocer el derecho á reserva, no sólo en favor de los hijos, sino de los descendientes legítimos, y de la justicia de aplicar en iguales circunstancias respecto á los bienes reservables á los hijos de ulteriores matrimonios lo que la ley Hipotecaria establecía tan sólo respecto á los hijos del primero.

Cosa análoga he de indicar en cuanto á la comparación del núm. 4.° del art. 168 de la ley Hipotecaria con el número 5.° del art. 1.618 del Proyecto.

Por más que la ley Hipotecaria refiere la responsabilidad del tutor ó curador á los bienes que los mismos hayan recibido de los menores ó incapacitados, no puede menos

de considerarse que existe más bien impropiedad de redacción que verdadero propósito del legislador en que el recibo de dichos bienes se caracterice por la entrega que verifique el menor ó el incapaz.

Indudablemente el pensamiento de la ley fué que el recibo por el tutor ó curador sea de bienes de la *pertenencia* del menor ó del incapaz, cualquiera que sea la persona de quien aquéllos los reciban; y por tanto, así como estimo necesario rectificar la referida redacción en el sentido expresado, considero igualmente que basta limitarme á esta indicación, ya que en realidad sólo se trata de evitar una redacción ocasionada á interpretaciones equivocadas.

TÍTULO VIII

Del Registro de la propiedad.

CAPÍTULO ÚNICO

Hechas ya en la parte general de este Proyecto, relativa al libro II del Código Civil, las correspondientes indicaciones sobre lo que podría considerarse, más que como modificación de los preceptos comprendidos en la ley Hipotecaria, como complemento ó ampliación de la doctrina que constituye su contenido, y, de consiguiente, como inclusión necesaria que debe hacerse en su régimen al tratar de su incorporación en el Código Civil, y que debiera hacerse, igualmente, aun sin esta incorporación, si hubiera de continuar el sistema de mantenerla como ley especial, cual cuerpo legal, si no independiente, separado al menos del Código, precisa ya ocuparnos de las reformas ó modificaciones que corresponde hacer á varios de sus artículos, más bien que como simple modificación de la redacción de los mismos, como innovación indispensable de la doctrina que desenvuelven.

Como revela esta indicación, no es mi ánimo, ciertamente, explicar las variantes que aparecen en la referida redacción de los preceptos respectivos comparando los contenidos en la ley Hipotecaria con los que, con referencia á la misma, se comprenden en mi Proyecto. Es este un asunto propiamente de mera comprobación, que puede realizar cualquiera por la sola confrontación de unos artículos y otros, y que además, por reducida ó lacónica que fuese su exposición, había de aumentar considerablemente las proporciones de este trabajo, referente á las principales reformas del Proyecto.

Ateniéndome, pues, á este criterio, he de llamar, no obstante, la atención sobre los artículos en que principalmente se determinan las reformas que he creído conveniente introducir á lo hasta ahora establecido, algunas de las cuales, á semejanza de lo dicho igualmente al tratar de las inclusiones que correspondía verificar, resultan naturalmente inspiradas en los trabajos que han venido practicándose con ocasión de la ley Hipotecaria de Ultramar y del nuevo proyecto que alcanzó la aprobación del Senado y fué objeto del dictamen de la Comisión del Congreso, así como en algunas disposiones aisladas, que por esto mismo han revestido á sus respectivas modificaciones de un carácter en cierto modo circunstancial y extremadamente particular.

SECCIÓN PRIMERA

Sobre la necesidad de la previa inscripción del derecho á que hagan referencia los títulos inscribibles, para la inscripción de los mismos (artículos 17 y 20 de la ley Hipotecaria).

Ante todo, he de fijarme en el punto importantísimo que han caracterizado señaladamente los artículos 17 y 20 de la ley Hipotecaria.

Era preciso, y hubo de serlo necesariamente desde la

iniciativa del nuevo régimen formulado en dicha ley, que su absoluta eficacia, aun prescindiendo por el momento de lo que como efectos transitorios se hace indispensable en toda reforma, y sobre lo cual me he ocupado ya al tratar de lo que corresponde excluir de las disposiciones que comprende el contenido de la mencionada ley, era preciso, digo, que aquella eficacia en que había de traducirse la verdadera utilidad del nuevo sistema hipotecario descansara en la necesidad de cimentar la inscripción ó anotación de los títulos en la previa inscripción ó anotación del derecho de la persona de quien derive el que se trate de inscribir, é igualmente en la firmeza de la inscripción de todo título inscrito frente á cualquier otro de fecha igual ó anterior á semejante inscripción.

De este modo, cabe ordenar con perfecta regularidad esa sucesión congruente de cuantos derechos se inscriban oportunamente en el Registro; pues demasiado se comprende que si por cualquiera circunstancia llegara á truncarse este orden sucesivo, que ha de ser el punto de apoyo para el valor absoluto ó completa eficacia de los derechos inscritos con relación á tercero, ni podrían tener estos efectos base cierta y segura para su autoridad legal, ni cabría presentar al Registro como espejo del estado positivo de los derechos de propiedad sobre los bienes inscritos, ni unificar por él, en cuanto á cada uno de éstos, la acción sobre la que, en su caso, están llamados los Tribunales á fijar definitivamente la verdadera pertenencia de cualquier derecho de propiedad.

No he de tratar, en este momento, del distinto sistema que en materia del Registro de la propiedad resulta entre el admitido en nuestro país, con la inscripción ó transcripción de los títulos originarios de los derechos que corresponde inscribir, y el llamado alemán, y también australiano, predominante sobre todo en las colonias inglesas, cimentado en la expedición de los títulos de propiedad

por el mismo Registrador ó, por mejor decir, formalización de éstos en el Registro.

Cualesquiera que sean las ventajas é inconvenientes de uno ú otro sistema, así como sus respectivos efectos en cuanto al valor absoluto del derecho de que se trate ó el simplemente relativo con referencia á tercero, la admisión del adoptado en nuestra legislación, más en armonía con los precedentes del derecho patrio, que respetaron siempre en los interesados el perfecto derecho á informar por sí los títulos de sus respectivas pertenencias, así como la función judicial para decidir, aun tratándose de los derechos de propiedad inmueble, las controversias que resultaran con motivo de las relaciones jurídicas establecidas entre aquéllas, puede decirse que descansa en tres elementos capitales, á saber: 1.°, la acción de los interesados para determinar libremente sus relaciones en todo cuanto les pertenezca respecto á la propiedad inmueble; 2.°, la publicidad é inscripción de los títulos emanados de dichas relaciones, con expresión del estado actual y permanente de dicha clase de propiedad y como base de todo derecho que con terceros se establecen; y 3.°, la función judicial destinada á decidir definitivamente sobre la base de los dos elementos (á saber, los hechos entre los interesados y los asientos del Registro) el valor positivo de cualquier derecho de propiedad sobre los bienes inmuebles.

El origen de los títulos, su inscripción y sus efectos definitivos, son las tres fases de los derechos de propiedad que era preciso armonizar, si el Registro de la propiedad no había de absorber la acción individual y la función judicial, ó convertirse en fuente única y absolutamente decisiva de todo derecho de propiedad.

El Registro, de esta suerte, viene representando un elemento intermedio entre la fuente de todo derecho (la esfera de la titulación que se origina por las relaciones ju-

rídicas) y la esfera de los efectos definitivos y absolutos del derecho, que resulta de cualquier declaración que hagan los Tribunales en las contiendas que se susciten, ya sea sobre las relaciones establecidas, ya sea sobre sus inscripciones ó asientos del Registro.

En este sentido el Registro de la propiedad informa, por decirlo así, el estado de esta clase de bienes mediante la función del registrador, y, en su caso, la función que corresponde á la autoridad judicial. Como esta última, según ya queda indicado, no se circunscribe al contenido del Registro, porque en tal caso quedaría limitada á aquellas relaciones jurídicas cuyos respectivos títulos los interesados hubieran querido y podido registrar, sino que se extiende á cuantos hechos estos interesados hayan realizado respecto á los bienes de que se trate, para decidir entre lo que podría llamarse todo lo que haya sido objeto del Registro y lo que haya quedado fuera de él, el verdadero derecho que en definitiva deba subsistir y ser, por tanto, registrado, es evidente que la función del Registro de la propiedad, aunque su estado actual sea, como debe ser en todo momento, base segura del derecho que á favor de un tercero se establezca, no deja de revestir un carácter en cierto modo provisional y quizás precario, si se tiene en cuenta que en realidad la función judicial, aun respecto al resultado del Registro, es la que en definitiva está llamada á declarar los efectos de los derechos de los títulos inscritos.

Esta función provisional ó precaria es la que verdaderamente constituye la misión del Registrador, la cual, como desde luego se comprende, no podía servir de base segura para la eficacia de ninguna clase de derechos si había de reducirse sólo á facilitar la publicidad por la inscripción de los títulos á cualquiera de éstos que se presentara en el Registro, convirtiendo á éste en un fiel de fechos y motivando, de esta suerte, una verdadera anar-

quía en los derechos de propiedad, cuyos respectivos títulos resultarían únicamente agrupados, sin contar siquiera con el orden con que todo interesado arregla, por lo menos, sus propias titulaciones.

La inscripción de los títulos y, de consiguiente, la función del Registrador, había de apoyarse indispensablemente en reglas determinadas frente á cualquier título de fecha igual ó anterior al que se presentara en el Registro, para señalar de esta suerte si debía ó no ser inscrito, dado el orden en que deben resultar escalonadas las transferencias ó modificaciones de los derechos á que hacen referencia, y frente también á las personas de quien deriven los títulos que se presenten á inscripción, para que en aquel orden no pueda levantarse duda fundada acerca de la facultad del que transfiera ó grave ó establezca cualquier otra modificación en los derechos de propiedad inscritos á su favor. Era y es, pues, preciso que la función del Registrador en el sistema adoptado por nuestra legislación se ejercite y desenvuelva entre los expresados límites referentes al tiempo ó fecha de los títulos por una parte, y relativos por otra al resultado del propio Registro ó derecho en cuya virtud quepa dar autoridad al título expansivo de la relación jurídica que se trate de inscribir.

Asegurada de este modo esa sucesión de los derechos inscritos, así en el tiempo como en las personas á cuyo favor resulten establecidos, la garantía del Registro respecto al estado actual de todo derecho de propiedad para servir de base segura á cualquiera relación que se trate de establecer y, por tanto, á cualquier derecho que haya de constituirse en favor de tercero, queda perfectamente definida, sin otros inconvenientes que los errores del Registrador, en cuanto al Registro, ó las suplantaciones ó actos criminales que pudieran cometerse en las titulaciones.

No es este el momento de señalar cómo la legislación

hipotecaria ha procurado ocurrir á estas dificultades franqueando, frente á las primeras, la intervención de los interesados en las inscripciones en la ocasión ó momento de formalizarlas en el Registro (artículos 252 y 253 de la ley y 183 y 184 del Apéndice de mi Proyecto relativo al Registro de la propiedad inmueble), y completando esta materia con la responsabilidad de los Registradores, así como, frente á las segundas, facilitando la posibilidad de acudir á la notificación y demás diligencias prevenidas, para no quedar expuestos á los efectos de la nulidad de los actos ó contratos que hayan llegado á inscribirse (artículo 34 de la ley y 308 del Reglamento y artículos 2.317 y 2.318 del Proyecto), y completando á su vez esta materia con las disposiciones relativas á la reclamación y declaración de nulidad de las inscripciones y demás asientos formalizados en el Registro (artículos 38, 39 y 40 del Reglamento, correspondientes al 98, 99 y 100 del Apéndice relativo al Registro de la propiedad inmueble, y muy especialmente art. 2.314 del Proyecto). Lo que interesaba, ante todo, era fijar la situación en que ha de desenvolverse la función del Registrador; y á este efecto, consignados en la ley Hipotecaria los artículos 17 y 20, se ha puesto cada vez más de manifiesto la necesidad de introducir en ellos modificaciones importantes, como las que he introducido en los artículos 2.295 y 2.296 del Proyecto que acompaño.

Referíanse dichos artículos al dominio y demás derechos de propiedad; y á buen seguro que su doctrina sería suficiente para no alterar el orden en que deben sucederse los asientos del Registro, si la inscripción de los bienes hubiese sido hecha desde un principio ó fuera ya tan perfecta ó completa como sería de desear y no resultaran, como resultan muchas veces, verdaderamente discordes el derecho de propiedad y el hecho de la posesión respecto á unos mismos bienes.

La imperfección en cuanto á lo primero, ó sea en que no existieran bienes inmuebles que no estuviesen inscritos, ya sabemos que no sólo hubo de motivar aquel período que vino prolongándose por espacio de muchos años, durante el cual rigieron, aunque con carácter esencialmente transitorio, los artículos de la ley Hipotecaria (así los relativos al régimen de la propiedad en general, como los especiales del sistema hipotecario) que por esta circunstancia hace ya algún tiempo que perdieron su vigor y deben, por lo mismo, suprimirse, como se hace en este Proyecto, al verificar la incorporación en el Código de dicha legislación especial; sino que hubo también de señalar la reforma relativa á los títulos inscribibles para que, lejos de circunscribirse éstos tan sólo á los traslativos de dominio, cupiera realizar las inscripciones correspondientes aunque se tratara de los constitutivos ó declarativos del derecho dominical y de los que en materia posesoria pudieran directamente contribuir á la determinación del dominio.

Esta última circunstancia, capaz de caracterizar por sí sola un estado (el posesorio) que puede perfectamente surgir aun cuando se hubiera alcanzado aquella perfección en la inscripción de los bienes, había de dar, como dió, origen á que, no obstante el Registro, se sintiera cada vez más la necesidad de que la posesión, siquiera para los efectos que derivan del Registro, cuando dicha posesión resulta inscrita, mereciera consideración casi análoga al derecho dominical, de tal suerte que no hubiera de ceder ante el Registro, frente á cualquier título de dominio, toda inscripción posesoria que se hubiere llegado á formalizar.

No era posible sin exponerse á perturbaciones graves respecto al uso de la facultad de transmitir ó modificar, según el Registro, los derechos inscritos sobre los bienes inmuebles, que dentro del Registro se desenvolviera separadamente todo cuanto se refiriese á la propiedad ó posesión de unos mismos bienes ó derechos reales.

Sin necesidad de recordar que, al fin, la posesión no apórta al derecho formas especiales ó determinadas de utilizar las cosas, cuyas formas son distintas de las características de los derechos de propiedad, parecería natural que el estado posesorio, cualquiera que fuese, relativo como es siempre, tratándose de persona distinta del dueño, al hecho contradictorio del derecho del propietario, hubiera quedado, siquiera por esta sola circunstancia, enteramente relegado del Registro de la propiedad, por lo menos mientras á virtud de la prescripción no llegara dicha posesión á convertirse en dominio.

Cabía indudablemente haber adoptado este sistema, que más ó menos tarde habría conducido á que el Registro de la propiedad descansase tan sólo sobre la base de los títulos dominicales; pero á buen seguro que esta situación, ni habría permitido obtener en breve plazo los efectos que se buscaban mediante el moderno régimen introducido por la nueva ley Hipotecaria, ni habría dejado de provocar conflictos numerosos y funestos, sobre todo en lo relativo á los derechos modificativos del dominio derivados del que apareciese como dueño en el Registro, cuando llegara el momento de promover la cancelación de su inscripción dominical para dar lugar á la formalización en el Registro del dominio conseguido á virtud de prescripción.

Esta que podríamos llamar necesidad permanente del Registro de la propiedad, á fin de que, en cuanto al estado jurídico de los bienes, no resulte dicho Registro enteramente ajeno á todo lo que concierne á su estado posesorio, hubo naturalmente de hacer comprender que el carácter excluyente ó incompatible que entre títulos dominicales resultaba, previsto por dichos artículos 17 y 20 de la ley Hipotecaria, no podía menos de extenderse igualmente á los títulos posesorios; en una palabra, que no bastaba para la seguridad y misión encomendada al Re

gistro fiar la posible inscripción de estos últimos sólo á la condición de ser inscrito todo título posesorio, siempre sin perjuicio de mejor derecho á la propiedad.

No cabía, pues, estimar suficiente haber autorizado las inscripciones posesorias como medio de favorecer la inscripción de los bienes y completar de este modo la consancia de todos éstos en el Registro de la propiedad; no bastaba tampoco haber facilitado con dichas inscripciones el desenvolvimiento sucesivo de los derechos que pudieran establecerse sobre los bienes como limitativos ó modificativos del dominio que, en su día, cupiera determinar sobre la base de la posesión inscrita, calificando á cuantos derechos se apoyaran en dicha posesión con la expresada condición de sin perjuicio de mejor derecho á la propiedad de los bienes; era indispensable además evitar que, pudiendo desenvolverse en el Registro esta situación derivada del estado posesorio, al mismo tiempo que fuera de él la fundada en el dominio y susceptible, por tanto, la inscripción independientemente de las inscripciones derivadas de dicha posesión, resultara un estado propiamente indeterminado en el mismo Registro de la propiedad, cual si la posesión y el dominio, incompatibles entre personas distintas sobre unos mismos bienes pudieran coexistir con la garantía ó condiciones del Registro de la propiedad y como base, por tanto, de futuros derechos, en lugar de excluirse y hacer imprescindible la fijación definitiva del derecho de propiedad ó del derecho de posesión según los casos.

He aquí la reforma cuya necesidad se ha ido evidenciando poco á poco, reforma iniciada ya por la ley Hipotecaria para Ultramar (artículos 17 y 20), que fué también algún tiempo modificada por el dictamen de la Comisión del Congreso al proyecto de ley que llegó á obtener la aprobación del Senado, y sobre cuyas disposiciones he procurado formular los citados artículos 2.295 y 2.296 del Proyecto.

Mientras la posesión tuvo cabida en el Registro principal y casi exclusivamente como medio de favorecer la inscripción de los bienes, que fué el criterio según el cual resultó admitida en la ley de 1861, no solamente cupo limitar su eficacia en el Registro á la que se acreditara en forma judicial, mediante la información correspondiente, sino que cupo asimismo, revistiéndola de la condición antes referida, que dejaba siempre á salvo el derecho de propiedad, autorizar su virtualidad y efectos con entera independencia de las inscripciones dominicales y de cuantos derechos se apoyaran en las mismas.

La suerte del dominio y sus derivaciones, en una palabra, la publicidad y efectos de los derechos de propiedad, resultaba constantemente defendida teniendo, como tenía, libre acceso á ser inscrito en el Registro, cualesquiera que fuesen las inscripciones que en el mismo apareciesen respecto al estado posesorio.

La incompatibilidad derivada de lo prevenido en los artículos 17 y 20 de aquella ley quedaba limitada á los títulos de carácter dominical, sin que los posesorios, emanados de la referida información judicial que autorizaban los artículos 397 y siguientes de la misma ley, pudieran hallar otro obstáculo que el previsto en el art. 402 cuando por hallarse algún asiento de adquisición de dominio no cancelado resultara éste en contradicción con el hecho de la posesión justificada en la forma referida.

No he de recordar ahora el período en que fué tal la importancia que se atribuyó al deseo de facilitar la inscripción de todas las fincas, aunque sólo fuera respecto á su estado posesorio, que sin limitar su inscripción á la posesión justificada en forma judicial se extendió la posibilidad de estas justificaciones á las certificaciones relativas á la tributación, y también á las resultancias de documentos privados; pues todas estas innovaciones que, en cierto modo, quedaron completadas mediante la reforma intro-

ducida en la primera ley por la de 1869, llegaron en cuanto á la posesión al extremo de autorizar la inscripción de posesiones contradictorias (art. 332 del Reglamento de dicha nueva ley), dando lugar de esta suerte á que en el Registro pudieran aparecer dos inscripciones posesorias en abierta contradicción; y todo esto aparte de la situación que en el propio Registro determinaran las inscripciones dominicales. En este punto es bien sabido cuán prontamente hubo de poner remedio á semejante estado de verdadera anarquía por el exagerado ascendiente atribuído á las inscripciones de posesión, la ley de 1877, unificando en la forma judicial la posibilidad de obtenerlas, é igualmente la Real orden de 28 de Agosto de 1883, en la que ya se estimó caducado lo prevenido en el mencionado art. 332 del referido Reglamento.

Estas variantes que se observan en nuestra legislación hipotecaria atribuyendo, según las épocas, un limitado ó un exagerado acceso en el Registro de las inscripciones posesorias y restringiendo ó ampliando los medios de conseguirlas, respondían, como indicaba, á aquel mismo criterio por el cual la ley de 1861 tendió su vista hacia la posesión como medio de favorecer la inscripción de todas las fincas en el Registro de la propiedad.

Sólo así se explica que tan importantes variaciones, y algunas de ellas de carácter verdaderamente trascendental, no hubieran llevado consigo la innovación necesaria respecto á lo establecido desde el origen del moderno sistema hipotecario en los citados artículos 17 y 20 de aquella misma ley, sosteniéndose de este modo una verdadera independencia entre las inscripciones dominicales y las inscripciones posesorias, cuya línea divisoria consistía únicamente en aquella condición que dejaba siempre á salvo el mejor derecho á la propiedad inmueble.

Pero si las inscripciones posesorias tuvieron y tienen notoria utilidad como medio de completar el registro de

las fincas, esta función, que por duradera que sea ha de revestir constantemente un carácter meramente transitorio, no llenaba ni podía llenar la exigencia de aportar un elemento de valor propiamente permanente para la misión del Registro, en cuya virtud la posesión pueda también servir de base para el establecimiento de toda clase de derechos, aunque sea á condición de quedar convertidos en verdaderos derechos de propiedad si la prescripción purifica la inscripción posesoria originaria de los mismos.

Para este especialísimo efecto de las inscripciones posesorias era indispensable que ellas fueran á su vez obstáculo á las inscripciones dominicales que les fueran antitéticas.

De otro modo, se comprende fácilmente que el Registro habría constituído una garantía para el desarrollo simultáneo de los derechos de propiedad sobre la base del dominio en unos casos y de la posesión en otros.

He aquí lo que en rigor de principios no cabía sostener en el Registro.

Pudo darse durante algún tiempo, mientras no se tocaran los inconvenientes que necesariamente habían de resultar, y sólo como consecuencia de aquel criterio, complementario para el Registro, mediante el cual fueron admitidas las inscripciones posesorias, para evitar que dejara de formalizarse el registro de bienes ó inscripción de las fincas por falta de elementos para las inscripciones dominicales, y, por tanto, mientras dichas inscripciones posesorias sólo habían de revestir un carácter simplemente de mera transición; pero para estimarlas con valor propiamente definitivo, y por lo mismo como fuente de derechos de propiedad, aunque de carácter condicional por la prescripción que necesitaba confirmarlas, no era posible que apareciesen en el Registro, en forma en cierto modo paralela, estos dos manantiales, derivado el uno del dominio y derivado el otro de la sola posesión.

Para que este estado pudiera existir, sería preciso que la posesión pudiera engendrar derechos de verdadera pertenencia ó formas de apropiación distintas de las características del derecho de propiedad.

Mas como esto no sucede ni puede suceder, en atención á que los derechos derivados de la posesión, en cuanto al aprovechamiento ó utilización de las cosas, son solamente los mismos que produce la propiedad, si bien con el carácter presunto ó condicional que emana de su necesidad de ceder ante todo derecho de verdadera propiedad; como están, en una palabra, cimentados en el principio de que el poseedor se presume dueño mientras no se pruebe lo contrario, es evidente que la fuerza de las inscripciones posesorias sólo puede reconocerse mientras sean reconocidos los derechos dominicales, y que, por lo mismo, el Registro de la propiedad, lejos de mostrarse como un tablero en que simultáneamente unos y otros puedan ser colocados para obtener una simultánea garantía, lo cual implicaría la contradicción manifiesta de aquel mismo principio, ha de mostrarse, por el contrario, en armonía con este principio, excluyendo á unos ó á otros, á fin de procurar, gracias á esta exclusión ó incompatibilidad, que se unifique en el Registro la fuente de todo derecho sobre la propiedad inmueble, ya brote ó surja aquélla de un origen dominical, ya tenga por base únicamente un origen posesorio.

Así, la posesión que tuvo acceso en el Registro en consideración al hecho que la motivaba y que en su caso debía justificarse por la información correspondiente, habrá venido á conseguirlo también y de un modo más permanente en consideración á sus efectos, que son, como es sabido, mientras no queda transformada por la prescripción, caracterizar la propiedad presunta y dar lugar con tal motivo á que el Registro de la propiedad, no sólo sirva para que en él se halle inscrita la propiedad verdadera,

sino para que, cuando ésta no lo esté, pueda inscribirse también la propiedad presunta.

En este punto precisa tener presente que, aunque entre la propiedad verdadera y la propiedad presunta hay la trascendental diferencia de que ésta no puede vivir cuando es conocida la propiedad verdadera, es lo cierto que entre una y otra existe identidad de finca é identidad de utilidad jurídica ó forma de propiedad, cuyas identidades hacen, por lo mismo, verdaderamente incompatible la simultaneidad de las dos inscripciones, lo cual exige que, para que esta incompatibilidad se traduzca en el Registro, sea aplicable tanto á las inscripciones posesorias como á las dominicales la doctrina establecida en los citados artículos 17 y 20 de la ley Hipotecaria; aplicación que, como queda dicho, constituye la base de la reforma de los mencionados artículos de mi Proyecto, iniciada en la ley Hipotecaria para Ultramar y en el Proyecto de ley para la Península de que conocieron ya, aunque no ultimaron, el Senado y el Congreso.

De este modo resulta propiamente la acción para disponer, según el Registro, de los bienes ó de los derechos reales, esto es, la fuente para las inscripciones y demás asientos posibles en el Registro de la propiedad, como norma de que partir en las cuestiones que sobre ésta se susciten y, sobre todo, como seguridad ó garantía de los derechos que en favor de tercero se establezcan; pues ya queda manifestado que, al fin, por el sistema que se adoptó en nuestra legislación, la función judicial es la llamada á determinar en definitiva la validez y efectos de los derechos establecidos, sin que el Registro presente, cuando sobreviene contienda sobre lo inscrito ó anotado, más que un elemento transitorio, aunque oficial, del estado que ha de servir de base para la resolución de los derechos controvertidos.

No se trata, pues, al hacer dicha unificación, de dar pre-

ferencia á la posesión sobre el dominio ó al dominio sobre la posesión. Rechazaría semejante criterio de preferencia la distinta naturaleza de una y otra institución; pues no debe olvidarse, en este punto, que mientras el dominio no se tome como sinónimo de propiedad, su verdadero valor jurídico consiste en ser tan sólo un derecho, aunque indudablemente el más vasto y fundamental de cuantos componen el sistema de la misma; derecho que, por consiguiente, há menester, para su origen ó constitución, de las relaciones jurídicas que pueden determinarlo, siendo así que la posesión, por el contrario, caracteriza por sí misma una relación determinada, cuyos efectos constituyen los derechos posesorios mientras no alcancen á convertirse en derechos de propiedad por los requisitos y demás circunstancias que la prescripción exige.

Hablar, pues, de la posesión en este punto, ó sea con ocasión de los artículos 17 y 20 de la ley Hipotecaria, es hacerlo, no tanto de la naturaleza de la posesión, en cuyo sentido podría prescindirse en absoluto de esta institución en el contenido de dicha ley, sino en consideración á sus efectos respecto á la propiedad, que no son otros que los inherentes á las presunciones que acerca de la propiedad produce.

De otra suerte, la locución empleada acerca de la posesión resultaría tan impropia como la empleada igualmente respecto al dominio, siempre que éste se tome, como sucede en la ley Hipotecaria y en el Código Civil, como sinónimo de propiedad; y por esto, al hablar de las transferencias ó de los títulos constitutivos ó traslativos del dominio ó de la posesión, el empleo contrapuesto de estas dos locuciones se verifica en el sentido del dominio verdadero ó del dominio presunto, según asimismo lo ponen de manifiesto, tanto el art. 2.295 como el 2.296 del Proyecto, al hablar de los derechos reales, expresando claramente que la referencia de éstos se hace con relación á la

propiedad ó posesión de los mismos, ó sea al derecho de propiedad verdadera, ó derecho de propiedad presunta que cada uno de ellos caracteriza según el diverso origen del título dominical ó posesorio de su respectiva constitución.

No viene, pues, la posesión al Registro de la propiedad como tal posesión; viene únicamente como expresión de la propiedad presunta que determina, mientras no es conocida ó no está definida, la propiedad verdadera.

He aquí un punto en que necesitaba el Proyecto que acompaño rectificar el criterio de la reforma que, como he dicho, habíase ya hecho en la legislación hipotecaria, por más que fuera aplicable tan sólo por entonces á Ultramar y se estuviera preparando para la Península en el Proyecto de que llegaron á conocer los Cuerpos Colegisladores.

Si mediante estos elementos se había conseguido unificar la acción para el movimiento de la propiedad inmueble y de la posible inscripción del mismo en el Registro, no se había, sin embargo, rectificado aquel concepto que podía inducir á error, tanto respecto al dominio frente á los demás derechos reales, como si éstos no fueran verdaderos derechos de propiedad y ésta no pudiera tener otra expresión que el derecho dominical, como respecto á la posesión frente al dominio y á los demás derechos de propiedad, cual si aquélla fuera cosa distinta de todos éstos, y no simplemente expresión de los mismos con valor jurídico condicional ó meramente presunto.

Pero no bastaba solamente rectificar dicho concepto, según se ha hecho en los citados artículos del Proyecto, cuya simple comparación con el 17 y el 20 de la ley Hipotecaria para Ultramar ponen de relieve la trascendencia y extensión de la reforma, sino que incumbía igualmente hacerla en armonía con lo dicho antes acerca de los títulos inscribibles, para que los efectos de dichas dis-

posiciones no quedaran limitados á los simplemente traslativos de la propiedad ó posesión y pudieran extenderse, por lo mismo, á los constitutivos ó declarativos de cualquiera de dichas clases de derechos.

Por lo demás, las otras modificaciones que se observan en la comparación del art. 2.296 del Proyecto y el 20 de dicha ley Hipotecaria, por el que se había ya modificado el 20 también de la ley de la Península, modificaciones principalmente relativas á la función del Registrador y que resultan en el último párrafo de los referidos artículos, puede decirse que todas ellas son de carácter propiamente complementario é inspiradas, de consiguiente, en el mismo criterio que presidió ya al verificar la reforma de la ley peninsular, poniéndola en armonía con el modo de proceder exigido por la misma, cuando no quepa llevar á cabo desde luego en el Registro la inscripción ó anotación que se pretenda.

Una observación, sin embargo, he de añadir á lo expuesto, antes de terminar este punto.

Refiérome á la reforma que por el art. 2.291 del Proyecto resulta haberse hecho al 402 de la vigente ley Hipotecaria.

A primera vista podía parecer que lo dispuesto en el artículo 402 fuera ya una mera redundancia, cuando no una disposición contradictoria de la mencionada unificación conseguida para disponer de los derechos registrados en virtud de lo establecido en los mencionados artículos 17 y 20 de la mencionada ley.

Si toda inscripción de propiedad ó posesión había de resultar incompatible con cualquier título que se tratara de inscribir de fecha igual ó anterior, ó emanado de persona distinta de aquella á cuyo favor resultara la inscripción ya hecha, parecía natural que en virtud de semejante incompatibilidad careciera ya de objeto lo prevenido en el art. 402 de la ley Hipotecaria, para el caso en que al

tratarse de inscribir una información posesoria existiera ya en el Registro algún asiento de adquisición de dominio, no cancelado, que estuviera en oposición con el hecho de la posesión que se intentase inscribir.

La consecuencia de esta contraposición, según aquel principio de la referida incompatibilidad, había de ser impedir la inscripción posesoria y hacer, de consiguiente, innecesario ó inútil lo dispuesto en el mencionado artículo.

No he creído, sin embargo, que debía suprimirlo. Aunque ahora haya de tener, según el Proyecto, un objetivo distinto del que ha tenido hasta aquí, entiendo que todavía está llamado á desempeñar una misión importantísima, siquiera sea con la pequeña reforma que para ello he hecho también en su contenido.

Hasta ahora el art. 402 de la ley Hipotecaria, respondiendo como respondía al deseo de completar el Registro facilitando la inscripción de las fincas, ofrecía una garantía contra las cancelaciones de derechos dominicales inscritos que pudieran ser consecuencia de aquella inscripción.

Autorizada la simultaneidad de distintas inscripciones posesorias (art. 332 del Reglamento), con mayor motivo no era posible desconocer la simultaneidad, también, entre las inscripciones dominicales y las simplemente posesorias. Pero como podía ocurrir que las circunstancias especiales de estas últimas, por el tiempo de la posesión que se intentaba inscribir, envolviesen la caducidad del derecho dominical inscrito y, de consiguiente, la necesaria cancelación de su asiento respectivo, hubo la ley de ofrecer una garantía contra estas cancelaciones posibles derivadas de las inscripciones posesorias, para que en el afán de protegerlas á fin de conseguir pronto la completa inscripción de las fincas, no se llegara al extremo de hacer desaparecer de plano derechos anteriormente inscritos.

El legislador entonces vino á decir que si consentía la inscripción posesoria, al propio tiempo que la inscripción dominical, no permitía que aquélla bastara para la cancelación de esta última. Abría al efecto una especie de juicio sumario, si la inscripción posesoria se pedía en virtud de información judicial, y daba lugar á que ante el mismo Juez que la hubiera aprobado se ventilara la subsistencia ó insubsistencia del asiento dominical que hubiera de cancelarse, frente al hecho de la posesión por el que resultara aquel asiento contradicho.

Pero la trascendencia del art. 2.291 del Proyecto que tiene por precedente lo prevenido en dicho art. 402 de la ley Hipotecaria, lejos de consistir en dar lugar á que se ventile judicialmente lo que corresponda antes de proceder á la cancelación de un asiento que contradiga la posesión que se trata de inscribir, se dirige á facilitar precisamente la inscripción dominical consiguiente á la adquisición del dominio mediante la posesión.

Desde luego se ve que, declarada incompatible toda inscripción dominical ó posesoria que resultase en contradicción, así como la inscripción posesoria no crearía un obstáculo insuperable para conseguir la debida inscripción de algún título dominical, la inscripción dominical en cambio envolvería realmente un obstáculo capaz de cerrar en todo tiempo el Registro á toda inscripción posesoria, aun cuando tuviera por objeto provocar directamente la inscripción del dominio adquirido por prescripción.

El que tiene título de dominio, aunque no haya sido inscrito, puede reclamar la propiedad ejercitando al efecto la acción reivindicatoria para obtener, en méritos del juicio que provoque, no sólo la declaración de su derecho, sino la cancelación de la inscripción posesoria que impidiese la inscripción de aquél antes de reclamarla en juicio.

Cabrá, quizás, suponer que para semejante ejercicio habrá de ser un obstáculo lo prevenido en el art. 396 de la ley Hipotecaria, cuya doctrina se mantiene, aunque con algunas reformas relativas á su aplicación, en el artículo 2.277 del Proyecto; es decir, el obstáculo que deriva de la imposibilidad de admitir en los tribunales el documento ó escritura en que conste el título constitutivo, lo cual llevaría consigo la imposibilidad también de justificar el dominio reclamado. Pero es menester tener presente que aun cuando dicho título dominical hubiera podido ser inscrito con anterioridad á la inscripción posesoria, la naturaleza y especiales efectos de ésta, conforme al art. 2.293 del Proyecto (equivalente al 403 de la ley Hipotecaria), serían bastantes á impedir que dejara de admitirse el título referido, ya que, según dichas disposiciones, la inscripción posesoria no perjudica al que tenga mejor derecho á la propiedad del inmueble, aunque su título *no haya sido inscrito,* mientras dicha inscripción no resulte convalidada por virtud de la prescripción.

Descartada de esta suerte la condición de utilizarse el documento en perjuicio de tercero, que es indispensable según dicho art. 2.277 para que pueda y deba negarse la admisión de los documentos no inscritos, queda perfectamente expedita la acción de propiedad correspondiente entre el dueño con título no inscrito contra el poseedor cuya posesión lo esté, y que ha de ceder en su caso si judicialmente se declara el derecho de propiedad del dueño.

Mas esto que ocurre considerando aquella incompatibilidad de los artículos 2.295 y 2.296 del Proyecto (17 y 20 de la ley Hipotecaria) entre el dueño y poseedor con título inscrito, no podría tener verdadera solución legal si dicha incompatibilidad fuese considerada entre el dueño con título inscrito y el poseedor cuyo derecho posesorio se hubiera ya por la prescripción convertido en derecho dominical.

Nada he de decir mientras no se hubiese llenado esta última condición, pues precisamente la inscripción dominical opondría un obstáculo insuperable á toda inscripción simplemente posesoria, en una palabra, á cualquiera inscripción de esta clase, que por lo mismo no había de llevar consigo la caducidad del dominio inscrito ni la cancelación de su inscripción respectiva.

Pero si la nueva inscripción derivada de la posesión estuviera acompañada, por las condiciones del tiempo, de la fuerza inherente á la adquisición del dominio por prescripción, aquella incompatibilidad anteriormente referida vendría á hacer imposible la formalización en el Registro de la nueva situación de derecho que la prescripción hubiera creado.

Al acudir al Registro el poseedor convertido ya en dueño, hallaría el obstáculo de la anterior inscripción dominical; y si con motivo de este obstáculo se dirigía á los tribunales para ejercitar la acción reivindicatoria de que como dueño estuviera ya asistido, se hallaría también imposibilitado de ejercitarla, por ser él mismo el poseedor, y no aquel contra quien apareciere la inscripción de dominio.

He aquí una situación verdaderamente imposible para la que, como antes indicaba, presta medio de establecer la verdadera situación de derecho el referido art. 2.291 del Proyecto (correspondiente al 402 de la ley), según el cual en este caso, aun existiendo la previa inscripción dominical, cabría abrir el juicio especial á que se refiere dicho artculo, sin más trascendencia, como expresa, que favorecer la inscripción del nuevo dominio adquirido por prescripción y poder cancelar en su consecuencia aquella inscripción de dominio que haría imposible la formalización de la propiedad adquirida mediante la posesión.

Una variante he creído conveniente introducir para llegar á este resultado. Entendiendo que, dada la tras-

cendencia del asunto, que equivale en cierto modo al ejercicio de una acción reivindicatoria, sólo para surtir sus efectos en el Registro de la propiedad, no debía bastar el juicio sumario que la ley Hipotecaria había estimado suficiente, cuando sólo se trataba de provocar la cancelación de algún asiento antiguo, he creído que la forma judicial de proceder no había de ser distinta de la que, independientemente del Registro, exigiría el ejercicio de la referida acción, y he establecido al efecto en dicho art. 2.291 del Proyecto que haya de sustanciarse en juicio declarativo la reclamación que al efecto se provoque entre el nuevo dueño y la persona á cuyo favor resulte la inscripción que fuera obstáculo para que aquél pudiese inscribir su derecho.

SECCIÓN SEGUNDA

Respecto á la nulidad y efectos de las inscripciones nulas (artículos 33 de la ley Hipotecaria y 38 al 40 de su Reglamento).

Otro de los puntos que interesa igualmente precisar en la ley Hipotecaria es el referente á los efectos de las inscripciones nulas, y en general á los que, según los casos, haya de producir la nulidad de cualquier asiento del Registro.

Me refiero, y conviene por lo mismo hacerlo notar ante todo, á la nulidad de los asientos independientemente, ó por mejor decir, con separación de la que pudiera afectar á los títulos que hayan provocado el asiento respectivo, ya sea inscripción, anotación ó cancelación. Y digo esto, porque es sabido que la nulidad de los asientos puede ser, ó derivada de los títulos que los motiven, que es lo que generalmente se conoce con el nombre de la nulidad de las inscripciones ó anotaciones por defectos en el fondo, ó circunscrita á las condiciones ó circunstancias de la propia inscripción por carecer de cualquier requisito in-

dispensable para su validez, ó á causa de haberse formalizado, por error ó malicia, en discordancia con el título que haya provocado el asiento de que se trate.

Lo primero, ó sea la nulidad en el fondo, ha de seguir, como es lógico, la suerte del título donde radica el vicio común al título y á su inscripción; siendo para esto conocido igualmente que ya la ley Hipotecaria, en su art. 33 y siguientes, estableció la doctrina respectiva, acerca de la que quedan asimismo expuestas algunas observaciones con relación á las modificaciones introducidas por el artículo 2.317 del Proyecto.

Pero aparte de estas disposiciones quedaba, como hacía presente, la materia relativa á la nulidad de la simple inscripción, bien por mero defecto de forma, bien por incongruencia ó discordancia con el título; casos en los cuales, como desde luego se comprende, no obstante no deberse alterar en principio la suerte del título inscrito, es menester ocurrir á la trascendencia que por la misión especial del Registro, en cuanto á los derechos de tercero, podrían ser resultado de semejante inscripción defectuosa ó abusiva.

Para la debida eficacia del Registro de la propiedad, para la certidumbre que por él se busca respecto al estado jurídico de los bienes ó derechos de propiedad, no basta una situación correcta en la evolución ó movimiento de estos derechos, representada por la validez ó perfección de las titulaciones respectivas; es necesario además que esa situación independiente del Registro se refleje con fidelidad en este último, mediante la congruencia de sus asientos con los títulos que los motivan.

Si esta congruencia falta, sea por defecto en la forma ó por error ó abuso al extender la inscripción, aunque el vicio no alcance al título, podrían, con relación á tercero, alterarse los efectos consiguientes emanados de dicho título por los que natural y lógicamente se pudiesen ori-

ginar á virtud de la inscripción ú otro cualquier asiento viciado de nulidad.

He aquí un punto importantísimo para llenar cumpli damente la misión encomendada al Registro de la propiedad, y en atención al cual era indispensable que la legislación hipotecaria proveyese de modo que no pudiera engendrar dudas ó suscitar dificultades en su aplicación.

No ha sucedido así, y puede decirse que hoy los efectos relativos á la nulidad de las inscripciones, anotaciones ó cancelaciones representan un asunto que por su significativa trascendencia interesa la reforma ó, por mejor decir, el complemento de lo establecido en la ley.

Esta, y muy especialmente en su Reglamento, no pudo menos de dar la importancia debida á semejante materia; y bien fuera porque entendiese que había de resultar insuficiente lo establecido para las anotaciones preventivas, ó bien porque estimara que en todos estos casos debe predominar ante todo el público interés inherente á la conformidad que deben guardar los resultados del Registro con los títulos que hayan provocado sus asientos, dispuso en los artículos 38 y 39 del Reglamento medidas que habían de llevarse á cabo desde luego por Jueces y Tribunales, dirigiéndose al efecto á los Registradores, con objeto de hacer constar en el Registro las reclamaciones dirigidas contra sus asientos, ya hubiera ó no instancia por parte de los interesados en la reclamación, á fin de que inmediatamente se llenara en el Registro dicha circunstancia previa á la declaración de nulidad que en su día pudiera pronunciarse.

Haber entregado esta materia á la suerte de una simple anotación preventiva, ampliando al efecto lo dispuesto para las anotaciones en el art. 42 de la ley Hipotecaria, equivalía á reconocer en los asientos del Registro un interés exclusivamente particular ó privado, que en muchos casos habría podido conducir á que un mismo asiento

fuera eficaz para unos y no lo fuera para otros, y sobre todo que las consecuencias de un asiento defectuoso no pudieran revestir un carácter general y absoluto, á pesar de la intervención oficial que en dicho asiento corresponde al Registrador.

Esta intervención oficial en la formalización de los asientos del Registro implica desde luego la necesidad de conferirles, siquiera sea en aquellos límites relativos á cuantos se interesen en los bienes inmuebles ó derechos de esta clase de propiedad sobre la base del resultado del Registro, un valor tan general y absoluto como pública y oficial es la función que desempeña el Registrador respectivo.

Enhorabuena que, como ha sucedido hasta hoy, se haya fiado únicamente al interés privado la inscripción en el Registro de las fincas ó de los derechos reales establecidos sobre las mismas.

Sin confundir acerca de este particular el interés fiscal que á los efectos de los impuestos correspondientes establece la necesidad ó la obligación de inscribir, con el interés social también en cuanto á los efectos civiles de los títulos inscritos, para la definición y certidumbre de los derechos sobre la propiedad inmueble, interés que ha quedado, como decía, en cierto modo entregado á discreción de los particulares interesados en los mismos, no puede menos de comprenderse que aun revistiendo esta última materia el carácter privado que acabo de indicar, no puede ser idéntica la suerte que se reserve á los títulos de derecho, que la que se asigne al testimonio oficial que de dichos títulos ofrezca el Registro de la propiedad por los asientos que á los mismos se refieran.

Que los particulares inscriban ó no el derecho que han adquirido ó comprometido, puede ser asunto que, independientemente del interés fiscal ó de tributación, se reserve tan sólo á la conveniencia de los contratantes; por

que, al fin, ellos serán los que únicamente, en su caso, podrán resultar perjudicados de la falta de inscripción. Pero si ésta se realiza, aunque defectuosa ó abusivamente, el perjuicio que resulte del defecto, error ó abuso cometido en el asiento, ya no se circunscribe á los particulares que hayan sido parte en el acto ó contrato inscrito, sino que puede trascender á cuantos sobre la base de dicha resultancia del Registro constituyan, modifiquen ó transmitan cualquier derecho de propiedad.

Lo que no consta en el Registro, ó por mejor decir, los títulos que en él no se inscriban ó anoten, no puede ser base cierta ni engañosa de cosa alguna que busque en el Registro su garantía. Pero, en cambio, lo que en él haya sido registrado, y de consiguiente sus resultancias, legítimas ó defectuosas, sirviendo como pueden servir de base para cuanto se establezca bajo la seguridad del Registro, exige la perfecta fidelidad en los asientos de éste, so pena de convertirlo en instrumento de actos reprobados y de verdadera perturbación de los derechos establecidos.

La diversidad, pues, que en cuanto á su trascendencia existe entre los títulos susceptibles de inscripción y las inscripciones y demás asientos del Registro, es por todo extremo considerable.

El interés, que en los títulos, mientras no se inscriben, se concreta ó limita á los que en ellos sean parte, se agranda ó extiende á todo el mundo desde el momento en que por su inscripción, buena ó mala, puede ésta servir de elemento oficial para la creación ó establecimiento de nuevos derechos.

He aquí, según decía, el objeto que sin duda tuvo presente el legislador para no encerrar en los límites especiales de las anotaciones preventivas el medio de promover ante el Registro la toma de razón ó constancia de toda reclamación de nulidad contra las inscripciones ú otros

asientos referentes á la formalización ó extensión de los derechos sobre la propiedad inmueble.

Por esto, como he dicho, los artículos 38 y 39 del Reglamento de la ley Hipotecaria exigieron la que podríamos llamar toma de razón de oficio, previniendo que el Juez ó Tribunal ante quien se reclamara la nulidad de algún asiento dieran conocimiento al Registrador, y éste, por nota marginal, facilitara la publicidad del Registro á la causa de nulidad que, en su caso, pudiera violar la eficacia de los asientos posteriores.

Hasta aquí la prevención necesaria para evitar que la disconformidad del Registro con los resultados de los títulos presentados á inscripción pudiera servir de causa engañosa en la constitución de ulteriores derechos de propiedad, se desenvuelve con verdadera independencia de los interesados, entendiéndose, por decirlo así, bajo la dirección exclusiva de los funcionarios de la Administración pública, ya que, después de todo, el Registrador ó funcionario del Estado que haya formalizado el asiento ha de ser culpable del defecto, error ó abuso cometido en la respectiva inscripción, anotación ó cancelación de que se trate.

Ciertamente que la responsabilidad del Registrador puede ser elemento de indemnización del perjuicio que sobrevenga. Ciertamente, también, que aun en algunos casos cabrá discutir sobre quién ha de recaer semejante perjuicio, atendiendo á la facultad que se reserva á los mismos interesados para intervenir en la formalización de los asientos referentes á sus respectivos títulos, pudiendo pedir nota del que haya de insertarse en el Registro y ejercitar, según fuere, el recurso correspondiente.

Pero la reclamación de nulidad y las indicadas precauciones adoptadas desde su interposición (dichos artículos 38 y 39 del Reglamento) no se dirigen á determinar la forma de indemnizar un perjuicio causado, ni á señalar

tampoco la persona sobre quien haya de recaer, sino que se encaminan á lo más importante y en lo que se encierra propiamente un verdadero interés público, como es el de evitar que surja perjuicio sobre lo que oficialmente se consigna en el Registro y para lo cual, como decía, el legislador procura que, aun de oficio, se realice desde luego lo necesario á fin de rectificar en su día el asiento viciado de nulidad.

Mas como desde la inscripción defectuosa á la reclamación de nulidad y á su toma de razón en el Registro puede transcurrir bastante tiempo, durante el cual se hayan quizás verificado operaciones respecto á la finca ó derecho á que afecte semejante inscripción, no podía menos de completarse dicha doctrina con la que al efecto consigna el art. 40 del Reglamento para la formalización, en su caso, de las consecuencias ó efectos de la declaración de nulidad, así como para ponerlos en armonía con el principio que, relativamente á tercero, consignaba ya el artículo 31 de dicha ley Hipotecaria.

Aquí es donde aparecía indeterminada, ó falta de la indispensable precisión, nuestra legislación hipotecaria.

Dicho art. 40 del Reglamento previene, como es sabido, que la anotación ó inscripción nula se cancele una vez declarada su nulidad y que se extienda otra nueva en la forma que proceda según la ley.

Tanto estas disposiciones como las de que este nuevo asiento surta efecto desde la fecha que deba producirlo, según sus casos respectivos, revelan, por los mismos términos de su propia redacción, el criterio inseguro con que se pronunciaba el legislador en un asunto de tanta significación y trascendencia.

En lo único que parecía decidido su criterio era en verificar desde luego la cancelación del asiento nulo, y, sin embargo, no deja de ser, á mi juicio, esta medida, no sólo aventurada, sino en cierto modo contradictoria con el re-

ferido principio consignado en dicho art. 31, para que no perjudique al derecho anteriormente adquirido por un tercero que no haya sido parte en el contrato inscrito; pues fácilmente se comprende que si la nulidad de la inscripción no ha de perjudicar al derecho adquirido, semejante asiento nulo ha de ser forzosamente base de la inscripción de este derecho, y debe, por consiguiente, subsistir, aunque sólo sea para los efectos que correspondan á este último.

¿Cómo se comprende, pues, que se cancele y se haga, por tanto, desaparecer en el Registro un asiento que ha de servir de base á otro posterior, aunque haya de desempeñar esta función tan sólo en ciertos y limitados efectos?

Por esto entiendo que antes que decidirse por la cancelación en todo caso, es preciso distinguir si se ha realizado ó no alguna operación que haya provocado asiento en el Registro durante el período que media entre la inscripción nula y la declaración de su nulidad, para que sólo en caso negativo se verifique la cancelación, y para que lo mismo en dicho caso que en el positivo en que haya de subsistir, se formalice el asiento correspondiente á la ejecutoria que recaiga, no sólo en la forma que proceda según la ley, sino con arreglo á lo que en el fondo esta misma ley establezca y por lo cual, como indicaba, resulta también indeterminado lo prevenido en el citado artículo 31 de la ley Hipotecaria.

Por más que este artículo deje á salvo el derecho anteriormente adquirido por un tercero, queda, sin embargo, incierto ó dudoso su sentido respecto á si la referencia corresponde al derecho adquirido con anterioridad á la inscripción nula, ó á la fecha de la reclamación de nulidad, ó á la fecha de la toma de razón de esta reclamación en el Registro, ó á la de la declaración de dicha nulidad que haya puesto término al expediente judicial incoado con motivo de su reclamación.

Aun cuando se descartara de estas cuatro distintas situaciones la primera, referente á los derechos adquiridos con anterioridad á la inscripción nula, teniendo presente que el precepto legal parece dictado exclusivamente para definir la situación de los derechos originados sobre la base de semejante inscripción, y que, por lo tanto, su resultado en el Registro hubiera podido ser causa de la constitución de los mismos, siempre quedarían las otras situaciones respecto á las cuales el contenido de dicho artículo 31 no aclara, ni aun indirectamente, á cuál de ellas propiamente se refiere.

Es, por tanto, necesario hacer desaparecer semejante incertidumbre, y lo es, según indico, en el doble sentido de precisar ante todo el concepto con que haya de quedar á salvo cualquier derecho que se establezca por un tercero, en vista del estado del Registro al tiempo de su constitución, y además de determinar sus efectos para la cancelación que, en su caso, haya de verificarse y para la formalización del asiento motivado por la ejecutoria que recaiga.

Estos dos puntos son precisamente los que han dado lugar á la modificación que se observa en los citados artículos 2.314 del Proyecto y 100 del Apéndice relativo al Registro de la propiedad sobre los bienes inmuebles, cuyos dos artículos corresponden á la referida materia sobre que versan los mencionados artículos 31 de la ley Hipotecaria y 40 del Reglamento para su ejecución.

Refiérese dicho art. 2.314 á la necesidad en que están los interesados en todo acto ó título inscrito, cuya inscripción esté viciada de nulidad, de hacer constar en el Registro la reclamación que verifiquen ó la declaración, en su caso, de la nulidad pedida.

De no hacerlo, quedaría siempre á salvo el derecho de un tercero cimentado en el resultado de la inscripción defectuosa ó abusiva, como que al efecto se establece que la condición de anterioridad, á que se remite también el ci-

tado art. 31 de la ley Hipotecaria, debe ser la del tiempo durante el cual no aparezca en el Registro reclamación alguna en oposición ó para la rectificación de sus asientos; pues desde luego se ve que, en cuanto conste de algún modo semejante oposición, aunque sea en la sencilla forma de la nota marginal prevenida en dichos artículos 38 y 39 del Reglamento (correspondientes al 98 y 99 del Apéndice de que queda hecha mención), surge ya propiamente una situación jurídica que afecta, por decirlo así, un carácter de fondo, en cuanto, si bien no se refiere al título, sino sólo á la inscripción, ó por mejor decir, al estado del Registro, implica no obstante en éste la causa conocida á que hace expresa referencia el art. 34 de la ley Hipotecaria (2.317 del Proyecto), al desenvolver y regular la doctrina de que la inscripción no convalida los actos ó contratos nulos, ya que en tal caso ni aparecería en el Registro con derecho perfecto para disponer el que lo hiciera apoyado en una inscripción nula, si en ella constase ya por nota marginal la reclamación de semejante nulidad, ni dejaría tampoco de afectar á cuantos se entendieran con el que hubiese tratado con la persona á cuyo favor resultase la indicada inscripción, porque siempre sería dicha nota marginal, ó la reclamación que la motive, una causa de nulidad conocida respecto al propio acto de la inscripción, anotación ó cancelación de que se trate, que sería, por lo mismo, capaz de mantener los efectos de la nulidad contra todo ulterior interesado en actos, contratos ó asientos del Registro posteriores á la fecha respectiva de dicha nota marginal.

De este modo, no sólo resulta definida la doctrina, hoy indeterminada, del art. 31 de la ley Hipotecaria; sino que se ajusta á lo que recta y lógicamente corresponde para dejar á salvo el derecho de tercero siempre y cuando haya procedido con ignorancia y sin culpa propia respecto á la causa de nulidad de la inscripción en cuya vir-

tud se haya interesado en la finca ó derecho de que se trate; siendo á su vez consecuencia obligada de esta interesante reforma la que hacía notar igualmente respecto al art. 40 del Reglamento (100 del Apéndice) en cuanto á los dos puntos indicados, á saber: que no siempre deba procederse á la cancelación de la inscripción viciada de nulidad, sino sólo cuando no se haya extendido á favor de otra persona la inscripción ó anotación preventiva de la transferencia del dominio ó derecho real inscrito, y que, tenga ó no lugar la cancelación de la inscripción nula, se formalicen en todo caso en el Registro los efectos de la declaración de nulidad, en conformidad á lo que previene la mencionada reforma del art. 31 de la ley Hipotecaria, ó sea el art. 2.314 del Proyecto.

Hay que tener presente en este punto: 1.°, que no debe confundirse la sustitución del asiento nulo con la formalización de los efectos de la nulidad que se declara; y 2.°, que la reclamación y declaración de nulidad, pudiendo tener lugar en expediente instruído entre los interesados en el acto ó contrato cuya inscripción sea nula, no puede afectar al tercero que no haya intervenido en semejante expediente judicial, y á quien, por otra parte, ni le interese ni tenga necesidad de intervenir desde el momento en que la misma ley deja á salvo su derecho.

Respecto á lo primero, como la sustitución del asiento nulo por el nuevo en que fielmente se reflejen las condiciones del título y se cumplan los requisitos indispensables para la validez de la inscripción, equivale con semejante innovación á una rectificacón del asiento antiguo ó vicioso, fácilmente se advierte que las consecuencias de dicha rectificación nada añadirían al Registro que no derivara del título, ó sea del elemento determinante del derecho de cada uno de los interesados en el mismo, mientras el asiento nulo no haya servido de base para cualquiera transferencia ó modificación posterior.

En tal caso, el alcance de la reclamación y de la consiguiente declaración de nulidad, encerrado únicamente entre los interesados, no tiene ni puede tener otro resultado que el de provocar, como decía, la sustitución ó rectificación del asiento nulo por el nuevo en que se cumplan las circunstancias que aquél debió tener desde su origen.

No sucede lo mismo si por haber tenido lugar la formalización de algún asiento relativo á la misma finca ó derecho con posterioridad á la inscripción nula, hubieran de trascender á personas distintas de los interesados en el acto ó contrato inscrito viciosamente, las consecuencias de la sustitución ó rectificación, porque en este caso tales efectos respecto á tercero pueden, según indicaba, vedar aquella sustitución si ha de quedar á salvo el derecho del tercero, y sólo permitirla cuando con motivo de las circunstancias especiales que concurran en este último deba afectarle la nulidad de la inscripción. En cualquiera de ambos casos, ya sea para llevar á cabo la sustitución con eficacia contra tercero, ya sea para impedir dicha sustitución á fin de no perjudicarle en su derecho, los efectos de la declaración de nulidad, ó mejor dicho, los efectos de la ejecutoria que recaiga deberán formalizarse con arreglo á lo prevenido en lo que pudiéramos llamar la parte sustantiva del Registro, ó sea lo dispuesto en dicho art. 2.314 del Proyecto.

En cuanto á lo segundo, es menester no olvidar que desde el momento en que la ley deja á salvo el derecho del tercero que reconoce por base de su operación jurídica é inscripción de su derecho otra inscripción nula, no hay motivo para obligarle á tomar parte en el litigio que se suscite entre los interesados en el acto ó contrato origen de esta última, pues siempre, la sola circunstancia de haber estado en su derecho al dejar de intervenir en semejante contienda judicial, le bastará para que pueda utilizar la salvedad de la ley en su favor, aun cuando entre

aquellos interesados en la inscripción nula se ventile y decida la reclamación por los mismos formulada.

Podrá, quizás, parecer que en semejante situación resulta inútil el litigio; pero, sin que esto sea completamente exacto, pues de todos modos su resultado judicial habrá de formalizarse en el Registro, según lo dispuesto en dicho art. 2.314 del Proyecto, no deja, sin embargo, de tener además la citada reclamación, para aquellos entre quienes se haya sustanciado, el efecto de señalar cómo, entre ellos, haya de producirse el perjuicio que resulte de no poder rectificar en todo ó en parte la inscripción nula en que estén interesados, y cómo deban obtener, en su caso, la indemnización que les corresponda por la responsabilidad del Registrador ó cualquiera otra responsabilidad que se demuestre.

SECCIÓN TERCERA

Acerca de las circunstancias indispensables para la cancelación de las inscripciones (artículos 82 y 84 de la ley Hipotecaria y Real decreto de 20 de Mayo de 1880.)

Otro de los puntos sobre los cuales versa también la reforma es el relativo á lo prevenido en el art. 82 de la ley Hipotecaria, acerca del que, ya por Real decreto de 20 de Mayo de 1880, hubo de intentarse su modificación en forma de excepción, complementaria de la doctrina que establece, y cuya excepción, por entonces señalada, se ha considerado sin duda que, por analogía de principios ó en razón del criterio á que obedece, debía hacerse extensiva á otras inscripciones en los trabajos que con posterioridad á aquella fecha se han hecho, ya con motivo de la ley para Ultramar, ya con ocasión del Proyecto de que conocieron últimamente nuestros Cuerpos Colegisladores.

Al rigorismo primitivo de la ley Hipotecaria respecto á la cancelación de las inscripciones ó anotaciones preventivas, ha sucedido cierta latitud, derivada principalmente

de las propias circunstancias exigidas para la formalización de los mismos asientos que se intente cancelar y que son, por lo mismo, desarrollo natural de un estudio más detenido y acabado del contenido de la legislación hipotecaria.

Por esto puede decirse que la reforma, en estos puntos, no obedece por regla general á un fundamento distinto del que inspiró aquel rigorismo iniciado y mantenido en el art. 82 de la ley.

Buscábase ante todo la completa seguridad de los derechos que se hicieran constar en el Registro, ya mediante inscripción, ya mediante anotación preventiva, y se creyó del caso que nada podía contribuir más á la seguridad del derecho inscrito ó anotado, que la necesidad de intervenir en su cancelación precisamente la misma persona á cuyo favor aquél resultase, si semejante cancelación no había de ser consecuencia de ejecutoria recaída en el correspondiente juicio.

Este criterio, verdaderamente estrecho, no ofreciendo como no ofrecía más términos que la intervención personal del propio interesado ó la ejecutoria del juicio en que se le hubiera oído, en una palabra, la acción judicial, sólo como medio de suplir la voluntad de aquel á cuyo favor estuviera inscrito ó anotado algún derecho, había de resultar frecuentemente engorroso y aun en muchos casos perjudicial, ya fuera por dificultades relativas á la concurrencia personal del interesado en el derecho cuando se tratase de su cancelación, ya fuera por condiciones inherentes al derecho mismo que se hubiera de cancelar, si su resolución era debida á causas legales de su extinción, ó á circunstancias de las que expresamente, según el Registro, dependiera su existencia, ó á condiciones resolutorias que fueran asimismo requisito ó nota señalada de su inscripción ó anotación.

Poco á poco se comprendió, con tal motivo, que era in-

dispensable completar aquel antiguo principio con disposiciones que evitaran en el Registro esa especie de amortización de los derechos anotados ó inscritos, cuando por resistencia infundada del interesado, ó por imposibilidad legal de provocar su intervención, ó por resolución manifiesta del derecho mismo en virtud de causas conocidas en el Registro, se hiciese enteramente imposible la intervención personal del interesado, ó se mostrara notoriamente innecesaria la persecución de un juicio para conseguir la cancelación indispensable.

En este punto, si la letra de la ley podía oponer obstáculos á la realización de este propósito, su espíritu indudablemente acompañó, desde el origen del moderno sistema hipotecario, al criterio con que se ha intentado hace ya algunos años, y se procura asimismo completar por el Proyecto, de facilitar medios de obtener las cancelaciones debidas cuando del propio Registro resultan ya alguna ó varias de las circunstancias anteriormente indicadas.

En este sentido aparecen formulados en el Proyecto los artículos 2.384 y siguientes hasta el 2.387, salvando, en las diversas situaciones á que hacen referencia, las dificultades que podían originarse en la aplicación del principio general consignado en el párrafo 1.° del art. 2.383, cuyo precedente constituye también el párrafo 2.° del mencionado art. 82 de dicha ley Hipotecaria.

Desenvuélvese principalmente aquella doctrina de excepción en el art. 2.386 del Proyecto, cuyo precedente, aunque en muy reducida esfera, fué ya, según decía, el Real decreto de 20 de Mayo de 1880.

Varias y de bien distinta naturaleza son las circunstancias á que hace referencia dicho artículo, encaminado propiamente á obtener, para la debida cancelación de los derechos anotados ó inscritos, la eficacia debida también á las causas que, apareciendo igualmente en el Registro,

sean susceptibles de modificar ó extinguir el derecho á que haya de referirse la cancelación de que se trate.

No he de detenerme á hacer su examen respectivo. Su solo enunciado basta para comprender la trascendencia y justicia de las disposiciones relativas á cada una, señaladamente en vista de otras disposiciones referentes á las mismas, como ocurre, por ejemplo, con lo prevenido en el artículo 1.615 para la inscripción de la subhipoteca, en el 1.594 para la enajenación de bienes hipotecados, y en los que menciona el propio art. 2.386 respecto á las adquisiciones ó á los actos ó contratos que versen sobre fincas ó derechos reales sometidos á las resultas de algún juicio.

Es este un asunto de singularísima trascendencia para los fines de la legislación hipotecaria, toda vez que á la necesidad de procurar por el Registro plena seguridad á los derechos de hipoteca, ni ha de posponerse ni olvidarse la facultad del dueño ó poseedor para disponer de la finca ó derecho que sea objeto de su propiedad ó posesión, ni alterarse tampoco la integridad de los derechos inscritos, según el orden en que resulten haberlo sido, cuando por virtud de alguno de ellos pueda provocarse y se provoque la enajenación de la finca ó inmueble sobre que pesen.

Ya sea esta última circunstancia, ya la de cualquiera reclamación contra el dueño ó poseedor de los bienes de que se trate, aunque resulte simplemente en forma de traba ó embargo, por obligaciones ó responsabilidades del mismo ó de un tercero, dicha legislación no podía menos de concertar intereses tan contrapuestos como los del referido dueño ó poseedor, los del que reclame contra sus bienes y los de cualquiera interesado en derechos reales constituídos sobre los mismos con anterioridad ó posterioridad á la reclamación que motive la enajenación ó el conflicto jurídico.

Del mismo modo que la constitución de alguno de los derechos reales característicos de la propiedad menos

plena ó de la propiedad imperfecta no es obstáculo para que á su vez el dueño ó poseedor, en su caso, constituya otros distintos, de igual manera en toda reclamación, ya derive de un derecho real constituído é inscrito, ya de algún derecho personal que se trate de hacer efectivo mediante embargo, secuestro ú otra forma de intervención judicial, ya sea, en fin, resultado de acción encaminada á contradecir la propiedad ó posesión inscrita, era menester que la ley fijara la solución jurídica indispensable con referencia á cualquiera de las expresadas circunstancias, para poder apreciar, en todo caso, el efecto que según el Registro, y, por tanto, con relación á tercero, estuvieron llamadas á producir las cuestiones que por tales motivos surgieran, bien en virtud de actos del propietario, bien por acción judicial deducida contra los mismos.

Gracias á la publicidad del Registro, para el alcance que, sin perjuicio para nadie, deba tener la restitución derivada de la ineficacia ó nulidad de cualquier derecho controvertido, ni la reclamación judicial está en el caso de hacer cesar en absoluto las facultades inherentes á lo que podría llamarse el estado de los bienes al tiempo de su incoación, para respetar de esta suerte el ejercicio de semejante facultad durante el juicio que se siga, ni el derecho de perseguir los bienes del obligado, ni el de realizarlos también para la debida eficacia de cargas ó gravámenes inscritos, había de llevar forzosamente consigo la caducidad ó el término de otros de esta misma naturaleza, siempre que por cualquiera circunstancia cupiera llegar legalmente á la enajenación ó realización de alguna finca.

La ley Hipotecaria (art. 127) no había podido menos de hacerse cargo de estas exigencias que necesariamente habían de originar, en el moderno sistema, las referidas colisiones de derechos, aunque puede decirse que se concretó únicamente á la que provocara el cambio de dueño ó poseedor de los bienes hipotecados.

Se planteaba el moderno sistema hipotecario fijándose principalmente en la institución de la hipoteca, y no es extraño que en este sentido, en cierto modo restrictivo, se mirase la contraposición indicada en los efectos que aquel cambio pudiera producir respecto al acrreedor hipotecario.

Pero aun dentro del alcance de tan limitado criterio, la dificultad principal no consistía en franquear la acción del acreedor con independencia de todo cambio en la persona del dueño ó poseedor de los bienes, sino que verdaderamente radicaba en las condiciones con que debía verificarse la realización de los mismos, para señalar hasta qué punto la acción de un acreedor, ya emanara de título inscrito, si se trataba de alguno hipotecario, ya se encaminara á hacer efectiva alguna responsabilidad del dueño ó poseedor de los bienes, podía ó no afectar á los derechos anteriormente inscritos, ó alterar la facultad de disponer del dueño ó poseedor contra quien se procediese, ó dar lugar á un cambio tan radical en la situación jurídica de los bienes, que toda enajenación judicial de los mismos pudiera ó no llevar consigo la resolución de los derechos hasta entonces sobre ellos establecidos.

Por no haber tratado la ley Hipotecaria de estos distintos puntos que trascendían á la movilización de la propiedad inmueble y á las condiciones de su realización, surgieron naturalmente bastantes dificultades ó cuestiones respecto á la aplicación de los principios de la ley Hipotecaria, teniendo presente el criterio que presidía en cuanto á la eficacia de los embargos, y los distintos que también se sustentaban en lo referente á la realización, en forma judicial, de bienes hipotecados ó embargados.

Si la eficacia del embargo debía traducirse en falta de facultad para disponer el dueño ó poseedor de los bienes sobre que aquél recaiga, ó simplemente en falta de aptitud de la cosa embargada para ser objeto de acto alguno

capaz de afectar á su dominio ó posesión, ó limitarse solamente á salvar el derecho del embargante para, en su caso, hacer efectivo lo que á él correspondiera frente á cualquier acto posterior del dueño ó poseedor de la cosa; es decir, si el embargo había de afectar á la capacidad del dueño ó impedir la disponibilidad de la cosa ó salvar sólo los derechos del interesado en el embargo, era punto sobre el cual el moderno sistema hipotecario nada venía á resolver en concreto, siendo así que, en realidad, tampoco parecía ajustado al concepto legal de dicha institución según la jurisprudencia, ni á la especie de rectificación de semejante concepto que venía á permitir en el nuevo sistema la publicidad del Registro.

Cosa análoga sucedía respecto á la realización judicial de los bienes hipotecados ó embargados.

La ley Hipotecaria se había limitado, en este punto, á afirmar que el cambio de dueño ó poseedor no impedía la libre acción del acreedor hipotecario (art. 127). Había llegado hasta facilitar la expedición del procedimiento, aun enfrente de los juicios universales, como la declaración de concurso ó quiebra, sucesión, etc. (art. 133). Pero nada había dicho sobre las condiciones en que debía verificarse dicha realización, teniendo presente las cargas ó gravámenes que pudieran existir sobre los bienes que se tratara de enajenar y la diversa naturaleza de carácter perpetuo ó temporal de estas mismas limitaciones ó restricciones del dominio, para decidir, en sus respectivos casos, cuándo y cómo debían seguir subsistentes ó en qué circunstancias debía ó no su utilidad jurídica ser comprendida en el precio ó valor de la enajenación.

He aquí dos puntos importantísimos en que se hacía indispensable la reforma, y en que es cada vez más necesario, por tanto, fijar el criterio de la ley.

Esta, por lo que se refiere al embargo, autorizaba ciertamente su anotación en el Registro (art. 42, casos 2.°, 3.°

y 4.º); pero ¿cuáles habían de ser los efectos de esta anotación? Los artículos 44, 69 y 70 de la ley Hipotecaria revelaban claramente que ésta habíase inspirado en el principio de la prioridad del asiento, para resolver según él las colisiones de derecho que pudieran sobrevenir.

Mas esto que, en cuanto á los demás derechos susceptibles de anotación preventiva, podía en cierto modo bastar según la doctrina de dichos artículos 69 y 70, no podía ser ciertamente tan seguro tratándose de los derechos á que se refiere el art. 44, toda vez que éste sólo hace relación á los créditos contraídos con posterioridad á la anotación para señalar su preferencia, y nada resuelve sobre los derechos reales restrictivos ó modificativos del dominio que el deudor ó el dueño de los bienes hubiesen establecido con posterioridad á la referida anotación.

Si bien para estos casos generalmente se acudía al criterio de que el embargo, por la intervención judicial que llevaba consigo, imprimía carácter litigioso á los bienes embargados, motivando de esta suerte en la situación jurídica de éstos la imposibilidad de alterar el *statu quo*, manteniendo la eficacia del embargo frente á los derechos reales creados ó modificados por el deudor, ó el dueño ó poseedor de los bienes ante la pretensión de nulidad que, en su caso, pudiera autorizar el referido carácter litigioso derivado del embargo, es lo cierto que en la aplicación de la ley Hipotecaria no podía menos de provocar este criterio diversas y complicadas cuestiones, porque parecía natural que si el éxito completo y definitivo del embargo para cuanto pudieran hacer el deudor, dueño ó poseedor de los bienes embargados, había de depender de la acción de nulidad del acto ó contrato verificado sobre bienes que por dicha condición resultaran en cierto modo amortizados mientras no cesase la intervención judicial, lo natural, lógico y aun justo habría sido que, una vez practicada la anotación de embargo (lo cual

suponía la inscripción de los bienes á favor del embargado), no se permitiera, constituyendo por tanto un defecto insubsanable, la inscripción ó anotación de todo derecho derivado de actos ó contratos posteriores á la referida anotación.

Comprendo, sin embargo, que para semejante prohibición se tropezara con el obstáculo de la necesidad de consentir las anotaciones relativas á las reclamaciones judiciales que pudieran suscitarse por créditos contra el mismo deudor, dueño de los bienes anotados. Habría, sin duda, parecido una inconsecuencia que lo que se autorizara tratándose de créditos no se permitiera tratándose de derechos de propiedad; y si bien esta misma circunstancia, consiguiente á no ofrecer peligro respecto á los créditos, por hallarse prevenido en el art. 44 lo referente á su preferencia, debía hacer comprender que lo mismo sucedería si la ley hubiera regulado con un criterio definido lo referente á los derechos de propiedad sobre los bienes embargados, es lo cierto que ha seguido este estado de inseguridad que la ley para Ultramar y el Proyecto posterior para la Península procuraron modificar, y al que es indispensable poner término para saber, como decía hace poco, si la eficacia del embargo ha de traducirse en una especie de incapacidad del deudor ó dueño, ó en una verdadera amortización de la propiedad inmueble, mientras subsista la intervención judicial, ó tener únicamente por objeto la determinación del modo de salvar el derecho del interesado en el embargo, sin perjuicio de la facultad de disponer por parte del dueño y del movimiento común ú ordinario que, bajo la acción del dueño ó poseedor, corresponde á la propiedad inmueble.

Nada más útil para el concierto de estos diversos intereses que la publicidad del Registro, pues no cabe perder de vista que aun cuando la intervención judicial, para asegurar las resultas de un embargo, deba ser siempre una

medida respetable, su eventualidad en cuanto á las resultas del litigio que haya motivado la traba, de igual manera que la anotación de toda demanda de propiedad (número 1.° de dicho art. 42 de la ley Hipotecaria), exige que la completa inmovilización de los bienes, por ser objeto de litigio, sólo se establezca cuando sea absolutamente necesaria, por no haber otro medio más expedito ó sencillo de salvar las resultas del juicio, pero no ciertamente cuando, según sucede en la propiedad inmueble, mediante el Registro de la propiedad, hay términos hábiles de ordenar la sucesión y eficacia de cuantos derechos se establezcan, al punto de poder, cuando por la conclusión del juicio venga á ser conocido el valor jurídico que deba merecer cualquier embargo ó intervención judicial, determinar la suerte definitiva de las demás anotaciones é inscripciones á que haya dado lugar la gestión del deudor ó del dueño durante la tramitación.

La ley Hipotecaria debe procurar, en este punto, como en todos, atender, más bien que al régimen exclusivo del derecho hipotecario, al que corresponde para el orden de la propiedad en general; y lejos de ocuparse casi exclusivamente de la suerte de los acreedores, atender, si cabe, de un modo más eficaz á la suerte de todos los derechos de propiedad, armonizando la garantía del acreedor con la libertad del dueño y el libre movimiento de los bienes, aun durante la prosecución de algún juicio.

No voy á discutir en este momento si, dados los límites del moderno sistema hipotecario para la debida eficacia de los derechos sólo con relación á tercero, debiera ó no mantenerse entre los interesados el principio de que la intervención judicial, aunque sea en forma de embargo, lleve consigo la amortización ó interdicción en los bienes embargados. Me basta, por de pronto, haber indicado que semejante medida no puede tener franca justificación no siendo absolutamente necesaria; así como haber señalado

que la publicidad del Registro ofrece un medio por el cual, sin lastimar derecho alguno existente en los bienes de que se trate, cabe, en caso de litigio ó de intervención judicial, conciliar con la eventualidad del resultado del juicio lo que podría llamarse libertad inherente al estado posesorio durante la sustanciación del mismo.

A este propósito comprende el art. 2.386 del Proyecto que acompaño las disposiciones referentes al núm. 6.° y 7.° del mismo, relativas á la cancelación de las inscripciones ó anotaciones concernientes á fincas ó bienes sujetos á las resultas de un juicio civil ó criminal, para determinar, en su caso, qué es lo que deba ó pueda subsistir de cuanto se haya verificado con posterioridad al asiento que motive semejante intervención.

Como desde luego se comprende, el punto culminante acerca de este particular consistía en si debían ó no permitirse, una vez verificada la anotación de embargo, las inscripciones ó anotaciones de derecho de propiedad derivadas de actos ó contratos posteriores á aquella anotación; pues claro es que si se admitía la posibilidad de semejantes inscripciones ó anotaciones, reconociendo implícitamente que la eventualidad del juicio no debía cerrar en absoluto el acceso al Registro de los actos verificados durante su sustanciación (ya que, de cerrarlo, bastaría lo dispuesto en los artículos 33 y 34 de la ley Hipotecaria), era preciso buscar en forma de cancelación necesaria, frente á lo prevenido en el párrafo 1.° del art. 82 de dicha ley, la manera de procurar plena eficacia á la ejecutoria que recayese, contra todo lo practicado en el Registro durante el juicio en que dicha ejecutoria haya sido pronunciada.

Ya la Comisión del Congreso, al informar sobre el proyecto de modificación de la ley Hipotecaria para la Península, ocurrió á esta reforma en el art. 84 de aquel proyecto de ley, y aunque en él he procurado inspirarme res-

pecto á los particulares que acabo de indicar, no he podido menos de prescindir de alguna de sus disposiciones, como por ejemplo, la de la cancelación de la hipoteca sobre el derecho de usufructo, toda vez que ya al tratar de la institución del usufructo, y también de la institución de la hipoteca, quedan expuestas las razones por las que estimo que no es posible establecer este derecho real sobre aquella servidumbre personal, á la vez que atendía á completar la referida materia expuesta en dicho proyecto del Congreso, con la que también, respecto á las cancelaciones, hacen indispensable las condiciones con que debe verificarse la realización de los bienes sometidos á la intervención judicial.

Si al fin se trata en esta intervención de reclamaciones sobre derechos de propiedad, basta establecer lo necesario para determinar cuáles de estos derechos deben ó no quedar subsistentes en consideración á lo que resuelva la ejecutoria que recaiga. Mas cuando aquella intervención no se dirige á definir el estado de la propiedad, sino á la realización de los bienes para hacer efectivas, ya cargas pecuniarias que éstos garanticen, ó bien responsabilidades de su dueño ó poseedor, se relaciona íntimamente con este punto el de decidir en qué condiciones debe tener lugar la realización, para ver si en el precio en que se estimen los bienes ó por el que se rematen deben ó no venir comprendidas las cargas perpetuas, ó sólo las temporales, ó si han de excluirse todas para verificar la enajenación dejando absolutamente libre la finca que se enajene, ó si, por el contrario, deben mantenerse subsistentes toda clase de cargas, siempre que sean anteriores á la fecha de la inscripción ó anotación que motive la realización de las fincas.

No basta respetar, no obstante el litigio, el que podríamos llamar estado posesorio de los bienes; es menester saber, cuando éstos hayan de realizarse, en qué condicio-

nes debe tener lugar su realización, ya existan sobre ellos derechos anteriores á la época del acto inscrito ó anotado que determine la venta, ya haya también cargas ó gravámenes posteriores, bien sean unos ú otros de naturaleza perpetua ó de naturaleza temporal.

He aquí el segundo de los puntos á que antes me refería, al indicar las dificultades que han sobrevenido por falta de disposición expresa de la ley acerca de dicho particular.

Bien fuera previamente como liquidación para la subasta, ó bien subsiguientemente como liquidación del remate, es asunto interesantísimo, sobre el cual la práctica ha seguido criterios muy distintos, el determinar qué clase de cargas debe ser condición de la venta para que la tasación de los bienes ó el remate, en su caso, se verifique dejándolas subsistentes, y cuáles, por el contrario, deben ser sólo minoración del precio en la liquidación del que se obtenga, á fin de que, como tales cargas, cesen cuando la enajenación se verifique.

Qué cargas ha de comprender el precio para ser canceladas con su importe y cuáles deben ser excluídas del mismo para seguir subsistiendo á pesar de la enajenación, es un punto que, aunque á primera vista parece sólo afectar el interés de una liquidación del precio para la subasta ó el remate, es lo cierto que trasciende principalmente á si por la enajenación de una finca gravada debe ó no provocarse el término de las relaciones jurídicas mediante las cuales se hayan constituído ó modificado los derechos en que consistan los gravámenes inscritos.

La falta de disposiciones expresas se traduce casi siempre en criterios diversos del arbitrio judicial; y por esto mismo, á fin de evitar las dudas y cuestiones que antes indicaba, sobre si la realización ha de ser sin menoscabo de las cargas perpetuas ó sin menoscabo también de las de naturaleza temporal que no consistan en embargos, ó

comprendiendo á unas ú otras según la prioridad ó posterioridad de la fecha de su constitución, comparada con la de la inscripción, cuyo acto motive la realización de la finca, he creído necesario establecer la doctrina (art. 1.594 del Proyecto) encaminada á que toda enajenación judicial de bienes inmuebles ó derechos reales debe dejar íntegros los derechos establecidos con anterioridad, ya sean de carácter perpetuo ó de carácter temporal, ya deriven de un acto particular, ó de un embargo, ó de otra diligencia judicial, á fin de que dicha enajenación, necesaria, deba tener forzosamente por base la situación jurídica de los bienes en el momento de hacer constar en el Registro la existencia de las actuaciones en cuya virtud la enajenación se verifique.

Consecuencia de este principio, propiamente supletorio del vacío que en este punto se notaba en la ley Hipotecaria, han de ser las cancelaciones de las inscripciones ó anotaciones posteriores á aquella que, según el Registro, sirva de base á la enajenación; y casi para producirlas sin necesidad de intervención directa de los interesados que hayan inscrito á su favor mediante escritura pública el dominio ó el derecho real de que se trate, he consignado en el proyecto la primera de las reglas que comprende el art. 2.386, así como el párrafo 2.° del art. 1.584, relativo al procedimiento que debe seguirse para que á cuantos se hallen interesados en las inscripciones ó anotaciones que deban ser canceladas se les haga saber la enajenación que se trata de realizar y puedan, de esta suerte, practicar con tiempo lo más conducente á su derecho.

SECCIÓN CUARTA

De lo relativo á la subhipoteca y sus efectos en la enajenación de las fincas. (Art. 107 de la ley Hipotecaria.)

También respecto á la subhipoteca he creído que debía completarse lo prevenido en el dictamen de la Comisión

del Congreso al tratar (art. 84 de dicho dictamen) de las cancelaciones para las cuales no debe ser absolutamente necesaria la intervención de la persona á cuyo favor resulte el asiento que se intente cancelar.

En este punto la Comisión del Congreso trató de salvar el inconveniente que ofrecía, según la ley Hipotecaria, la constitución de un gravamen de hipoteca sobre el derecho de hipoteca voluntaria.

No es ciertamente que dicho inconveniente de la ley derivase de haber habido poco acierto al estimar lo que correspondía en justicia.

Comprendiendo que la hipoteca formalizada debía resolverse con la misma independencia con que se había constituído y, por tanto, en las relaciones exclusivas del acreedor y deudor hipotecario, si bien no impedía al primero disponer de su derecho de hipoteca, hasta el punto de hacerlo á su vez objeto de otra distinta, no quiso que esta facultad del acreedor hipotecario hubiera de traducirse en limitación ó cortapisa de cuanto el deudor tuviera por conveniente hacer para resolver ó extinguir su respectiva obligación.

Por esto, en rigor, lo dispuesto acerca de este particular en el art. 107 de la ley Hipotecaria se ajustaba perfectamente á lo que sirve de base ó doctrina general del mismo, que consiste en señalar los bienes ó derechos que puedan hipotecarse, si bien con sumisión á determinadas restricciones.

Comprende en este sentido el núm. 8.° de dicho art. 107 el referido derecho de hipoteca voluntaria, respecto al cual representaba una verdadera restricción de la hipoteca que sobre él se constituyese, la condición de quedar pendiente de la resolución del mismo derecho hipotecado. Pero quizás la frecuencia de interpretaciones abusivas, aunque en rigor perfectamente ajustadas á la ley, hizo comprender á la Comisión del Congreso que difícilmente

se conseguiría evitar tales abusos, si no se impedía al primitivo deudor verificar el pago de su deuda sin consentimiento del acreedor subhipotecario; y á este efecto propuso la modificación de dicho núm. 8.° en el sentido de que la constitución de la subhipoteca se notificara al dueño de la finca ó derecho gravado, y que por esta notificación quedara privado el deudor hipotecario de la facultad de verificar el pago sin el consentimiento del acreedor subhipotecario.

Como desde luego se ve, la propuesta de la reforma de la Comisión del Congreso no constituía propiamente una simple restricción de la hipoteca que nuevamente se tratara de establecer. Se dirigía además, y principalmente, á alterar en cierto modo la relación originaria de la hipoteca primitiva; y aun para esto, se confundía en la redacción de dicha reforma propuesta por el Congreso la condición del deudor y la del dueño de los bienes hipotecados, que si generalmente suelen reunirse en una misma persona, pueden, sin embargo, recaer en personas diferentes.

Ni la notificación al dueño debía ser medio suficiente para impedir al deudor el pago, ni tampoco para que al pagar éste en uso de su perfecto derecho y resolverse, por tanto, la obligación garantizada con hipoteca, no pudiera resultar extinguida la que pesara sobre los bienes hipotecados.

Además, como, al parecer, la Comisión del Congreso atendía únicamente á la causa resolutiva de la deuda por pago ó consignación, habrían quedado sin el respeto debido las demás causas resolutivas que podrían hacer cesar la obligación del primitivo deudor y desvirtuar, en su consecuencia, el derecho de hipoteca que sirviera de base á la constitución de una subhipoteca.

Por esto entiendo que, de mantener el criterio de la Comisión del Congreso, no sólo no resultaba claro su pro-

pósito, sino que aun aparecía contradicho que la cancelación del gravamen de hipoteca pudiera conseguirse por cualquiera causa distinta del pago ó de la consignación que pudiera resolver el derecho del subhipotecante ó la obligación correlativa del primitivo deudor; y á fin de que en este punto no debiera éste sufrir limitaciones atentatorias á la integridad de su respectivo derecho, por más que derivaran del uso que del suyo hiciese el acreedor, ó sea el subhipotecante, he creído que se estaba en el caso de respetar lo consignado ya en dicho núm. 8.° del artículo 107 de la ley Hipotecaria (núm. 6.° del art. 1.566 del Proyecto), procurando, para la reforma ideada por la Comisión del Congreso, establecer una disposición especial para la inscripción de las subhipotecas (art. 1.615 del Proyecto) y completar su doctrina con lo que al efecto previene, para las cancelaciones correspondientes, el número 3.° del art. 2.386 anteriormente citado, cuando me ocupaba de las cancelaciones para las cuales no ha de ser indispensable la intervención directa de la persona á cuyo favor resulte inscrito ó anotado el derecho que se intente cancelar.

Dos modificaciones, sin embargo, aparecen en el contenido del mencionado art. 1.615 del Proyecto comparado con el núm. 8.° del art. 107 del dictamen de la Comisión del Congreso.

Este último consentía la subhipoteca en forma condicional, esto es, si su constitución se notificaba á las personas á que hacía referencia dicho artículo, y en la forma prevenida por el mismo.

Ni esta forma condicional, ni la circunstancia de tratarse de un contrato que habría exigido la determinación de la persona á quien correspondiera instar ó practicar la notificación de que se hacía depender la eficacia de la subhipoteca, podían ser notas acomodadas á la fijeza de los derechos cuya inscripción ó anotación debiera hacerse

en el Registro, y por lo mismo he considerado que como semejante condición venía, en realidad, á referirse á la eficacia de la subhipoteca con relación á tercero, resultando como resultan ser terceros, respecto al contrato de subhipoteca, tanto el primer deudor como el dueño de los bienes hipotecados, sólo debía exigirse la notificación para llevar á cabo en el Registro la inscripción de la subhipoteca y no como condición de su especial constitución.

Además, como mediante dicha notificación se restringen las facultades del deudor para verificar el pago ó la consignación, en su caso, alterando en este punto la absoluta independencia con que para la resolución de la deuda puedan proceder el acreedor y el deudor, ó sea los interesados en la hipoteca subhipotecada, si bien he de confesar que con alguna repugnancia he admitido semejante solución como medio necesario de prestar completa seguridad al derecho de subhipoteca, una vez que se autorice al acreedor para subhipotecar su derecho y se reconozca, de consiguiente, al derecho real de hipoteca como cosa incorporal susceptible de ser hipotecada, no he podido menos de entender que esta especie de limitación en las facultades propias del deudor hipotecario, obligándole á entenderse con persona distinta de aquella en cuyo favor se obligó, no debía llegar al punto de poder perjudicar en algo al mencionado deudor, debiendo por tanto dejar á salvo en favor de este último, á semejanza de lo que ocurre con la cesión de derechos (artículos 1.198 y 1.527 del Código Civil), cuantas modificaciones por compensación ó cualquiera otra causa pudiera experimentar legalmente la obligación del mencionado deudor.

Con estas dos modificaciones en cuanto al fondo, y la anteriormente indicada respecto á la forma á que hacen referencia los artículos en los cuales correspondía traducir dicha doctrina en precepto, así para la constitución

de la subhipoteca como para su inscripción y cancelación en su caso, he admitido la reforma que, como dejo dicho, inició ya la Comisión del Congreso al dictaminar sobre el proyecto presentado para la de la ley Hipotecaria llamada á regir en la Península.

SECCIÓN QUINTA

De lo referente al ejercicio de la acción hipotecaria. (Artículos del 127 al 133 de la ley Hipotecaria.)

Otro de los puntos llamado á completar las reformas especiales que se vienen indicando, es el relativo al procedimiento indispensable para hacer eficaz el derecho del acreedor hipotecario.

La primitiva ley, y de igual suerte la vigente, se inspiraron en el concepto de que, en cierto modo, sea uno el derecho del acreedor hipotecario.

Aunque su principal misión debía haber sido regular lo referente á la acción derivada de la hipoteca de manera que permitiese la fácil y pronta realización de la finca hipotecada, siempre que para ello descansara la completa eficacia del derecho hipotecario en la inscripción ó anotación del mismo en el Registro, los redactores de la ley Hipotecaria atendieron, quizás con exagerada preferencia, por no decir en una forma exclusiva, á lo que puede llamarse obligación principal garantizada por medio de la hipoteca y, de consiguiente, al crédito que aquella misma obligación originaba, cual si al llegar el caso de hacer efectivo el derecho hipotecario, esto es, el derecho real de hipoteca, debiera ante todo dilucidarse cuanto interesara al crédito derivado de la obligación principal garantizada.

Es realmente un contrasentido, que resulta en el desarrollo de la institución de la hipoteca en nuestro moderno sistema hipotecario, fiar la suerte de semejante de-

recho real al procedimiento establecido para el ejercicio de acciones personales, aun cuando sea en forma de ejecución y apremio que se ha desenvuelto en nuestras leyes procesales por medio del llamado juicio ejecutivo.

Parecía natural que tratándose de un hecho real, su efectividad se determinara entre los únicos elementos indispensables para su constitución, partiendo, ante todo, de su situación jurídica según el Registro y practicando, según su especial naturaleza, las diligencias necesarias sólo entre el dueño ó poseedor de los bienes y el acreedor hipotecario, así como con conocimiento, en su caso, de los que pudieran hallarse interesados en cualquiera otro derecho real á que hubiera de afectar ó extinguir la realización de aquél, cuando se hiciese efectivo.

De este modo, sin salirse de los elementos característicos del derecho real inscrito, la legislación hipotecaria hubiera podido conferir á la hipoteca toda la eficacia y virtualidad que le corresponde, en armonía con su especial naturaleza jurídica, dando verdadera y práctica utilidad al ejercicio de la acción hipotecaria y mostrando á su vez á esta última con la debida independencia que su institución de garantía tiene y debe tener con la del crédito ó relación jurídica que le haya servido de base.

De haber procedido así, la legislación hipotecaria hubiera buscado la eficacia de la hipoteca en sus propias y peculiares condiciones, y no habría venido á subordinarla á la virtualidad y circunstancias del crédito por ella garantizado.

Por esto decía que, en cuanto al procedimiento para hacer efectivo el derecho hipotecario, es en cierto modo un contrasentido el criterio sustentado en el art. 133 de la primitiva y de la vigente ley Hipotecaria, toda vez que viene á resultar que, así como al tiempo de constituir la hipoteca se busca á ésta como elemento de seguridad del crédito que la motiva, cuando se trata de su realización

resulta, por el contrario, que se busca al crédito como medio de hacer efectivo el derecho hipotecario. Este es, pues, un elemento que se reputa esencial en la constitución del crédito y, sin embargo, se relega á segundo término como cosa accidental cuando se trata de la realización del mismo.

Así indicaba que aunque rectamente son cosas distintas, por más que puedan ser simultáneas y revestir con este motivo verdadera unidad de acto, la relación jurídica originaria del crédito y la peculiar ó encaminada exclusivamente á la constitución de la hipoteca ó determinación del derecho real hipotecario, es lo cierto que en la ley resultan atendidas cual si ambas entrañaran un solo derecho en favor del acreedor y debiera, en caso de realización, procederse únicamente como si se tratara, no de la realización de una hipoteca, sino de la realización de un crédito cualquiera.

Adoptóse, en verdad, el procedimiento ejecutivo; mas ya es sabido que esto no se hacía porque se tratase de una hipoteca, sino por la especialísima circunstancia que caracteriza la base de dicho procedimiento; en una palabra, por la especialidad del título ó documento en cuya virtud se pretende la ejecución para la realización de un crédito.

El título ó documento que sirve de fundamento á la demanda ejecutiva y que, por lo mismo, debe venir comprendido entre los que según la ley llevan aparejada ejecución, era y es lo que imprime carácter á esta clase de juicios ó forma de sustanciación, y lo que propiamente, con independencia del crédito y sobre todo del derecho real de hipoteca, vino á ser, como decía, adoptado en el artículo 133 de la ley Hipotecaria.

A la especialidad del título (escritura pública) y á la relación jurídica característica del crédito, ó sea la establecida entre el deudor y el acreedor, se subordinaba cuanto respecto á la eficacia del derecho hipotecario debía inte-

resar primordialmente al dueño ó poseedor de los bienes hipotecados.

Ni cabía procedimiento sin requerir al deudor, ni cabía dirigirse contra el dueño ó poseedor sin tratarle como si fuera deudor ó invitarle á desamparar los bienes hipotecados, ni originar, por tanto, el procedimiento dirigiéndolo al efecto contra dicho propietario, que sólo en su caso podía aspirar á ser parte en el litigio, ni cabía, en suma, proceder á la realización de los bienes sin provocar ante todo el referido litigio referente á las condiciones, subsistencia y ejecución del crédito.

La base para la realización de la hipoteca era, en semejantes circunstancias, el embargo provocado mediante dicha ejecución, más bien que la sujeción inherente al derecho real establecido por la hipoteca; dándose con tal motivo, en la mayor parte de los casos, ocasión á embargos totalmente innecesarios (cuando se concretaban únicamente á los bienes hipotecados) y á complicaciones que comprometían unas veces la independencia del procedimiento y otras la suerte de la hipoteca misma, si, como suele ocurrir, se comprenden en los embargos otros bienes del deudor ó del obligado.

En este punto ya estas complicaciones, relativas á la independencia del procedimiento, hubieron de hacer comprender la necesidad de restringir el expresado sistema por el cual se comprometía con frecuencia la realización del derecho hipotecario, en atención á la forma de proceder, circunscrita desde un principio á la realización del crédito garantizado; y así como primero se dictaron, tanto en la ley Hipotecaria, por su reforma del año 69, como en la ley de Enjuiciamiento civil, por su modificación en 1881, disposiciones conducentes á salvar las cuestiones que originaban unas veces la acumulación de autos, otras el carácter universal de los juicios, etc., etc., y se procuró después afirmar aún más la necesaria singulari-

dad de dicha clase de ejecuciones, poniendo un dique á la suspensión del procedimiento contra todo lo que no estuviera cimentado en otro título inscrito con anterioridad al que diera origen á semejante ejecución, no podía menos de comprenderse que, por muchos que fueran estos medios con que continuamente se daba á conocer el vicio original de que adolecía el sistema adoptado, difícilmente llegaría á conseguirse el reparo necesario mientras no se procurase rectificar, ante todo, el contrasentido á que antes me refería, para que la acción hipotecaria no hubiera de quedar confundida con la ejecutiva, derivada exclusivamente del título de crédito que se tratara de realizar, ni pospuesta ó subordinada á esta realización, ni relegada en último término á ser base de algún juicio ordinario en que se intentara ventilar la suerte y efectos del derecho real hipotecario.

Era preciso que aun en vía ejecutiva y señaladamente para ella, tratándose de la sujeción inherente al derecho real de hipoteca, mientras ésta apareciese subsistente en el Registro, tuviese la acción hipotecaria esfera propia en que producir sus efectos, y con tanta intensidad, independencia y rapidez como consiente la falta de contradicción en el Registro, dejando que todo lo referente al crédito y al embargo, en su caso, y cuanto, en una palabra, debiera entenderse necesariamente con el deudor y no con el dueño de los bienes hipotecados, se desarrollase, aparte naturalmente de lo que á la legislación hipotecaria interesa, conforme á las reglas generales establecidas para el ejercicio de las acciones personales, aun de forma ejecutiva, ó á las especiales prevenidas en atención á la naturaleza y condiciones de los títulos por los cuales se provoque la reclamación ó realización del crédito.

A este deslinde de esferas de acción entre la suerte del crédito y la suerte de la hipoteca, ó lo que es lo mismo, entre la obligación principal de carácter esencialmente

personal y la accesoria ó de garantía origen del derecho de carácter esencialmente real, se encaminaron ya los intentos de reforma, sobre este importantísimo asunto, que se observan tanto en la ley de Ultramar como en el proyecto aprobado por el Senado y en el dictamen de la Comisión del Congreso, en todos los cuales, sin embargo, aparece verdadera perplejidad de concepto por el diverso matiz que cada uno presenta sobre este particular, cual si no se atrevieran á desprenderse totalmente del indicado criterio sustentado por la ley Hipotecaria, para que con el deudor principalmente debiera entenderse el procedimiento; y he creído, por lo mismo, que podía conseguirse la reforma necesaria procurando dar unidad á las distintas disposiciones de aquella ley y proyectos posteriores, completándolos de manera que cupiese proceder resueltamente con el dueño ó poseedor de los bienes, fuera ó no fuera el deudor del crédito garantizado, llevando á cabo lo que sólo hubiera de afectar á dichos bienes y no á otros, y realizando de esta suerte la peculiar eficacia del derecho real hipotecario.

A esto responden las disposiciones de los artículos 1.587, 1.588 y 1.593 del Proyecto que acompaño.

Abrese por el primero un procedimiento sumario, sin otro objetivo que el de la realización ó subasta de los bienes hipotecados, ni otra base que el de la subsistencia de la hipoteca, por no constar en el Registro de la propiedad el pago del crédito asegurado á su respectivo vencimiento, ni otra intervención necesaria que la del que según el Registro aparezca como dueño ó poseedor de los bienes que sean objeto de dicho procedimiento.

Fijada de esta suerte la esfera en que ha de desenvolverse esta forma por la cual deba, en su caso, ejercitarse la acción hipotecaria, el Proyecto que acompaño prescinde de regular semejante sustanciación, ya en cuanto á los requisitos necesarios para prepararla, ya en lo refe-

rente á las diligencias ó trámites precisos en que ha de consistir, ya en el modo de formalizar y ejecutar la subasta, dejando en estos y demás puntos que haya de comprender semejante procedimiento especial que, como asunto procesal, sea la ley de Enjuiciamiento civil la que también los formule, y adoptando, entre tanto, lo que al efecto se halla ya establecido para el juicio ejecutivo, pero sólo en lo que pueda tener aplicación, siempre que se ajuste á las indicadas bases propiamente sustantivas de dicho art. 1.587, y á lo que igualmente dispone para facilitar la tasación de los bienes y la realización de la subasta el art. 1.588 del Proyecto.

De este modo quedará completamente separada la distinta competencia del Código y de las leyes procesales en lo relativo á la acción que puede provocar el ejercicio del derecho real hipotecario, señalando el primero, por los dos artículos que acaban de citarse, las condicionss ó circunstancias á que debe obedecer el procedimiento como efectos sustantivos de semejante acción, y regulando las otras la manera de llenar, en forma de sustanciación, las exigencias de semejantes efectos prevenidos por el Código.

A este propósito, también completa el art. 1.593 del Proyecto lo referente al ejercicio de la acción hipotecaria, señalando las circunstancias que le aseguran verdadera independencia en el procedimiento especial para ella establecido, á fin de que, por modo análogo á lo prevenido ya en la vigente ley en el último párrafo del art. 133 y en términos casi idénticos á los del art. 129 del dictamen de la Comisión del Congreso, queden prefijadas igualmente, como condiciones propias ó peculiares de semejante acción, las que contrarrestan ó impiden toda suspensión del procedimiento que provoque, salvo en los únicos casos y con los requisitos especialísimos prevenidos en el mencionado art. 1.593 del Proyecto.

He aquí brevemente indicadas, aun cuando lo hayan sido con ocasión de la reforma que hacía indispensable lo dispuesto en el párrafo 1.° del art. 82 de la ley Hipotecaria, iniciada ya en el Decreto de 20 de Mayo de 1880, las modificaciones que en realidad se dirigen principalmente á caracterizar la acción peculiar y especial del derecho real hipotecario, cuando es preciso llegar á la realización de los bienes que sirven de garantía.

No bastaba establecer la posibilidad de practicar la cancelación de las inscripciones sin intervención directa de la persona á cuyo favor resultaran formalizadas, si al propio tiempo no se establecían los preceptos reguladores del derecho para provocar dichas cancelaciones y expresivos, por tanto, de los casos ó circunstancias en que viene á constituir una necesidad legal la extinción del derecho y la consiguiente cancelación de su respectiva inscripción.

Uno de los puntos más capitales de semejante necesidad era, según se ha dicho, el que se refiere á la realización del derecho hipotecario, para caracterizar, en su virtud, la verdadera utilidad de la acción hipotecaria, frente á la meramente ejecutiva que hasta ahora ha venido adoptando la referida ley Hipotecaria para la debida eficacia de aquel derecho.

Informar, pues, bajo todos sus aspectos, el valor jurídico de semejante acción inherente á la hipoteca, ha sido, como acaba de verse, el objeto de las cinco reformas últimamente indicadas, las cuales responden á los distintos aspectos bajo los que debe ser considerada la referida acción y que alteran, como se ha visto, aparte de lo correspondiente al citado art. 82, lo prevenido en los artículos 127, 129 y 133 de la mencionada ley.

En efecto; la acción hipotecaria, con relación á la persona ó entidad contra quien debe dirigirse, para que en todo caso no pueda quedar paralizada, cualquiera que sea

el dueño ó poseedor de los bienes; dicha acción, con relación á cuantos tengan algún derecho real inscrito sobre los bienes hipotecados ó alguna anotación de embargo capaz de provocar ó afectar á la realización de los mismos, para señalar hasta qué punto puede esto tener lugar frente al derecho de hipoteca que se haga efectivo y cuáles de dichas inscripciones ó anotaciones deben quedar subsistentes ó han de desaparecer por el ejercicio del derecho real hipotecario; aquella misma acción como base legal para las cancelaciones que deban ser consecuencia necesaria de la realización de los bienes hipotecados; su peculiar esfera, esto es, el objetivo á que ha de dirigirse y condiciones por las cuales ha de ser libre y expedito el procedimiento que motive; y, por último, las reglas puramente formales ó de tramitación á que ha de ajustarse este procedimiento especial, son, como decía, las causas que han determinado las cinco reformas expresadas para caracterizar dentro de la ley Hipotecaria: la acción del acreedor, las condiciones de la realización de los bienes, las cancelaciones que puede producir, las exigencias á que ha de ajustarse el procedimiento, y la forma ó reglas de sustanciación en que el mismo ha de consistir.

SECCIÓN SEXTA

Sobre el criterio de la ley Hipotecaria acerca de las hipotecas legales. (Artículos 158 y siguientes de dicha ley.)

También he considerado que era indispensable precisar ó aclarar, por lo menos, el sentido con que la ley Hipotecaria trata de las hipotecas legales.

No me refiero á la comparación entre el criterio de la ley y el de las antiguas hipotecas de esta naturaleza, que resulta ciertamente bien claro al considerar cómo el moderno sistema hipotecario procuró, aun tratando de esta clase de hipotecas, sustituir el carácter general y tácito

de su antigua constitución por el público y especial que sobre bienes determinados es indispensable para su formalización en el régimen actual.

Después de todo, este criterio verdaderemente fundamental de dicho moderno sistema, no es peculiar ó exclusivo á las hipotecas legales, sino extensivo y propiamente absoluto para el establecimiento de toda clase de hipotecas. Por esto, en realidad, lo concerniente á las hipotecas legales, en lo que á su naturaleza especial debe hacer referencia, resulta en cierto modo confuso en aquella ley por la que se planteó y sigue en vigor el régimen moderno.

Así es muy fácil y casi lógico, dada su dicha denominación, formar juicio equivocado acerca de la naturaleza de la hipoteca legal.

Su especialidad, caracterizada tan sólo por su origen y, como consecuencia de éste, por las restricciones á que debe obedecer su respectiva anulación, es, sin embargo, en su fondo una hipoteca como otra cualquiera, llamada á producir análogos si no idénticos efectos y necesitada, asimismo, de iguales formalidades y requisitos para su debida y eficaz constitución.

De esta suerte la hipoteca legal no surge sobre bienes determinados é indeterminados, por ministerio de la ley, ni es posible utilizarla independientemente de su formalización en el Registro de la propiedad; pues, como expresa claramente la misma ley Hipotecaria en su art. 158, los bienes sobre que haya de recaer, no quedan sujetos á responsabilidad alguna, y mucho menos á un derecho que permita perseguirlos con la eficacia jurídica de un verdadero derecho real, sino que con motivo de semejante hipoteca que la ley declara, porque, en realidad, no existe, se llegue á darle vida por las personas á cuyo favor se establece ó que puedan legalmente representarla en su constitución por medio de la hipoteca especial, que no es,

como decía, más que la positiva formalización de la hipoteca correspondiente.

Bajo este concepto el moderno sistema hipotecario rompió abiertamente con el rigor jurídico de los antiguos moldes en lo referente á la naturaleza y constitución de esta clase de hipotecas.

Las generales y tácitas permitían perfectamente que la ley imprimiera verdadera sujeción en los bienes con sólo tener en cuenta la persona del dueño ó poseedor; y así, por efecto directo y exclusivo de la ley, quedaba realmente definido, sin otra formalidad, sobre bienes determinados por semejante dominio ó posesión, el gravemen inherente al derecho real hipotecario.

Podría, pues, en tan características circunstancias denominarse lógica y rigurosamente hipoteca legal la constituída de esta suerte.

Hoy, sin embargo, la hipoteca legal es lo diametralmente opuesto, pudiendo decirse que en rigor no existen otras hipotecas legales que las consiguientes á lo prevenido en los artículos 218 y 220 de la ley Hipotecaria, en virtud de la preferencia que en favor del Estado, las provincias ó los pueblos reconoce para el cobro de una anualidad de los impuestos que graven á los inmuebles ó en favor de los aseguradores para la realización del crédito correspondiente por el premio de seguro de los dos últimos años, ó del importe, por igual concepto, de los dos últimos dividendos. Unos y otros derechos de preferencia son, por decirlo así, inherentes á los inmuebles, cuya determinación consiste en su falta de excepción para el tributo ó en su condición de bienes asegurados, ya que sin necesidad de inscripción se originan semejantes preferencias, sin pecar de indeterminación en cuanto á los bienes, ni tampoco de falta de la publicidad necesaria.

Y hago estas indicaciones para que, fijándose en la referida posibilidad que acaba de indicarse acerca de la

existencia de estas hipotecas legales sin necesidad de inscripción, dentro del moderno sistema hipotecario que requiere especialidad ó determinación, en cuanto á los bienes, y publicidad del derecho por su inscripción en el Registro, se penetre que en la innecesidad de la inscripción radica señaladamente el carácter legal de la hipoteca, y que, por lo mismo, sólo á esta clase pueden venir positivamente comprendidas las dos que se dejan mencionadas y cualesquiera otras respecto á las cuales la ley, aunque sea especial, como sucede, por ejemplo, con la establecida en favor de las cédulas hipotecarias por la ley de 2 de Diciembre de 1872, prefije la sujeción de bienes ó derechos reales determinados sin necesidad de inscribir ó formalizar en el Registro el derecho real de hipoteca que sobre ellos constituye.

Ahora bien: ¿fué este el criterio en que informó la ley Hipotecaria el valor jurídico de la hipoteca legal? No, ciertamente. Lo prevenido en los citados artículos 218 y 220 se consignó, por decirlo así, á manera de excepción del concepto general sobre el que la ley trató de las hipotecas legales.

Por esto decía que, á prescindir de dichas excepciones, la hipoteca legal en rigor no existe, toda vez que por ministerio de la ley los bienes no quedan sujetos al gravamen hipotecario.

Lo único que hace la ley es conferir un derecho para exigir la constitución de la hipoteca y denominar á ésta legal, no ya como el antiguo régimen, en consideración á dicha nueva forma de sujeción de los bienes, sino únicamente en atención, aparte de la referida facultad de exigirla, á las restricciones que, una vez constituída, existen para su cancelación ó modificación.

No he creído necesario separarme de este criterio en que se inspira la doctrina de las hipotecas legales; pero sí me ha parecido conveniente, como decía, calificar ó

definir el expresado concepto en que actualmente descansa semejante denominación, sobre todo al observar que en el art. 168 de la ley Hipotecaria, como si se atendiera más bien al criterio antiguo que al del moderno régimen, se declara *que se establece* hipoteca legal en favor de las personas de que trata dicho artículo y sobre los bienes de que hace mención.

De nada sirve, sin embargo, semejante declaración para entrañar desde luego la sujeción de los bienes á que se refiere aquel artículo ó caracterizar sin otro trámite el gravamen de hipoteca que se declara establecido.

El verdadero valor de semejante declaración estriba tan sólo en el derecho, propiamente personal, que atribuye el mencionado art. 158 á las personas á cuyo favor se establece la hipoteca, contra aquéllas sobre cuyos bienes se declara establecida. Y le llamo derecho personal porque, á pesar de la declaración del art. 168, ni los bienes quedan gravados con relación á tercero, ni siquiera entre los mismos interesados, mientras no se singularice el derecho hipotecario en determinados ó especiales bienes, haciendo efectiva, no la hipoteca establecida por la ley, que no existe, sino el derecho á obtener su constitución, que es lo único á que se reduce en términos generales (salvas las contadas excepciones anteriormente indicadas) la hipoteca legal prevenida por la ley.

Al efecto he procurado en el Proyecto (art. 1.616) definir, por la necesidad de su constitución, en oposición á la constituída por efecto de la voluntad, la llamada hipoteca legal, á fin de que descansando este concepto sólo en el derecho á obtenerla, y no en la afección inmediata de los bienes por ministerio de la ley, quedaran en armonía con semejante criterio las disposiciones de los artículos 1.617 y 1.618 del Proyecto, análogas á las de los artículos 158 y 168 de la ley Hipotecaria, que, al parecer, envuelven la especie de contradicción que resulta entre declarar el

último *establecida* una hipoteca legal, y prevenir el primero, á pesar de semejante declaración, que ésta sólo envuelve un derecho propiamente personal para conseguir en la forma correspondiente, que respectivamente desenvuelven las reglas especiales á cada una de dichas hipotecas legales, la verdadera constitución de semejante hipoteca.

SECCIÓN SÉPTIMA

Respecto á la enumeración de las hipotecas legales. (Artículo 168 de la ley Hipotecaria.)

Es igualmente indispensable, tratándose de las modificaciones que en cuanto á esta materia exige la vigente ley Hipotecaria, armonizar lo prevenido en la enumeración de las hipotecas legales (el citado art. 168) con las reformas introducidas en la legislación con posterioridad á la publicación de dicha ley, así como con lo dispuesto por el Código Civil respecto á varias de las instituciones á que se refiere dicho artículo, y aun podría añadir, con alguna de las contenidas en la misma ley Hipotecaria; siendo tanto más indispensable procurar esta debida armonía, cuando es sabido que, según el art. 157 de la referida ley, *únicamente* son hipotecas legales las establecidas en su art. 168.

A procurar, pues, esta congruencia responden las variantes que se observan en el art. 1.618 del Proyecto comparado con el 168 que se acaba de citar.

Ante todo, éste sólo comprendía por razón de dote las hipotecas legales cuya causa determinante consistiera en la entrega de la dote, siendo así que entre los artículos que comprende el régimen de la hipoteca dotal, para los efectos de dicha ley Hipotecaria, se encuentra el 171, en que se autoriza también la constitución de hipoteca legal por razón de dote, aunque ésta haya sido meramente confesada.

No llamaría ciertamente la atención acerca de este particular, por más que deba hacerlo también luego sobre las circunstancias ó requisitos exigidos para que dicha hipoteca pueda fundarse en la confesión de dote, si al fin no estuvieran calificadas de únicas (el citado art. 157) las hipotecas legales mencionadas en el art. 168.

Aquella calificación necesariamente exige que, ó bien no se olviden en este artículo ninguna de dicha clase de hipotecas, que se consientan en otros, ó bien que éstos se rectifiquen negando resueltamente toda hipoteca que no se acomode á las prescripciones de aquél.

De no hacerlo así, se incurre en una palmaria contradicción; y esto es lo que viene á resultar en la propia ley Hipotecaria, al comparar lo prevenido en los mencionados artículos 157, 168 y 171.

A fin de evitar semejante contradicción, el número 1.° del citado art. 1.618 del Proyecto, no solamente autoriza la constitución de hipoteca legal por razón de dote entregada, sino que la extiende á la dote confesada, si bien, naturalmente, cuando lo haya sido con arreglo á las circunstancias indispensables para que la mujer pueda exigir al marido la constitución de la referida hipoteca.

Ya indicaba hace poco que también sobre este último particular he creído indispensable introducir una modificación.

Consiste ésta en la que aparece del contenido del artículo 7.° del Apéndice, relativo á las hipotecas legales; pues aunque este artículo comprende en su párrafo 2.° al artículo 171 de la ley Hipotecaria, su sola lectura revela que, además de fijar sus términos en atención á la existencia de los bienes dotales ú otros equivalentes á los mismos, señala una condición indispensable para remover toda duda referente á si por connivencias entre marido y mujer podrían fácilmente convertirse en daño ó perjuicio de los acreedores del marido las garantías con que la ley

asiste á la mujer para procurarle la seguridad de su dote.

No he de hacer aquí relación de la desconfianza con que siempre se ha mirado la dote confesada al tratar de determinar las responsabilidades del marido; desconfianza que no sólo han motivado los intereses de sus acreedores, sino también la de los propios hijos y demás descendientes del marido, sobre todo cuando éstos proceden de distintos matrimonios.

Aunque á este efecto no haya de llegarse al extremo de desamparar á la mujer en sus derechos para evitar el peligro de una connivencia fraudulenta, la misma ley Hipotecaria ha estimado la necesidad de precisar ciertas circunstancias para que, tratándose de la dote confesada, no deba resultar sospechosa la hipoteca.

En este punto, antes de la ley Hipotecaria, el Código de Comercio (art. 1.041 del antiguo) había adoptado ya precauciones que en cierto modo resultaron olvidadas en la mencionada ley Hipotecaria. Conténtase ésta con que se haga constar la escritura de los bienes dotales ú otros semejantes en el momento de deducir la reclamación para la constitución de la hipoteca legal.

Pero ni dicha ley expresa si se refiere sólo á la mera existencia de los bienes, ni contiene fórmula capaz de precisarla con referencia á persona determinada en cuyo poder aquéllos se hallen, ni precisa tampoco cosa alguna respecto á la pertenencia de los mismos por la mujer á cuyo favor haya de constituirse la hipoteca legal, siquiera como medio de demostrar ó presumir la legítima procedencia de los referidos bienes, para el efecto de motivar en ellos la mencionada hipoteca.

La comparación antes indicada revela que á estos diversos puntos alcanza la reforma en dicho art. 7.° del Apéndice de que queda hecha mención, según el cual resueltamente se exige la anterior pertenencia de dichos bienes por parte de la mujer, no sólo como una garantía

contra toda sospecha de confabulación ó fraude, sino además como expresión de la armonía que á este efecto debe existir entre la ley Hipotecaria ó las disposiciones posteriores que la sustituyan en el Código, con lo prevenido ya al propio efecto en otros cuerpos legales, como, por ejemplo, el antiguo y moderno Código de Comercio (artículo 881 de este último), según el que sólo pueden substraerse á la anulación provocada por la declaración de quiebra las constituciones dotales ó reconocimientos de capitales hechos por un cónyuge á favor de otro, cuando se trata de bienes adquiridos ó poseídos de antemano por este último; en una palabra, cuando en la pertenencia del mismo con anterioridad á la confesión ó reconocimiento de dote, puede verse un precedente justificativo de la manifestación ó reconocimiento del marido, mientras no se pruebe lo contrario.

Al fin, á pesar del silencio de la ley Hipotecaria acerca de este particular, la hipoteca legal por razón de dote confesada, si su constitución se verificase por persona sometida al Código de Comercio, quedaría subordinada á la referida exigencia de la posesión ó pertenencia previa por parte de la mujer, contenida en los citados artículos 1.041 del antiguo Código y 881 del moderno; no pareciendo natural que en un punto que afecta á las condiciones de la buena ó de la mala fe, deban limitarse semejantes precauciones para los casos en que se trate de comerciantes, sin extenderlas, por tanto, á los demás, como á mi juicio corresponde, aunque sólo sea en la forma expresada, complementaria de lo prevenido ya en el citado artículo 171 de la ley Hipotecaria.

Cosa análoga acontece respecto á los bienes reservables y al peculio ó patrimonio particular de los hijos, á que hace referencia el núm. 2.° del citado art. 168 de la ley Hipotecaria.

Las variaciones establecidas en la organización de la

familia, que no he de indicar en este momento, y lo prevenido en el Código Civil respecto á los bienes reservables, requieren que, por lo que hace referencia á la hipoteca legal fundada en cualquiera de semejantes circunstancias, se prescinda ya de los antiguos peculios para atender al patrimonio particular de los hijos y se establezca, de modo que no pueda prestarse á duda, la extensión de la hipoteca legal por bienes reservables á favor de los demás descendientes.

Aunque en el fondo coincidan el objeto del peculio y el del patrimonio particular de los hijos de familia, la hipoteca legal por esta causa no puede menos de responder á las variantes que, con motivo de dicha diversa organización, ha resultado en las facultades de los padres para el régimen de los bienes de los hijos constituídos bajo la patria potestad.

Hoy puede decirse que la hipoteca legal, por esta causa, se cimenta propiamente en la facultad de administrar, más bien que en la facultad de disponer; debiendo además añadir que, aun sobre la base de aquella facultad, se limita únicamente á los casos, muy reducidos por cierto, en que el padre ó la madre deben asegurar su respectiva gestión, segun ocurre, por ejemplo, tratándose de los dos cónyuges, por los bienes ó rentas donados ó legados para los gastos de educación ó instrucción del hijo (art. 162 del Código Civil); ó, tratandose del padre, por los bienes en que le corresponda el usufructo á consecuencia de la patria potestad cuando contraiga nuevo matrimonio (articulo 492 del mismo Código).

No se extrañe que respecto á este último caso no haga también referencia á la persona de la madre ni me ocupe tampoco de lo prevenido para la administración de los padres en el art. 166 de dicho Código Civil, pues semejante omisión es únicamente resultado del criterio que, en cuanto á la institución de la patria potestad, preside

en el Proyecto que acompaño, según el cual, á diferencia del Código, no cabe en dicha institución la filiación ilegítima (art. 554 del Proyecto), ni la lleva consigo la adopción (art. 797 del Proyecto), ni cabe tampoco que la madre conserve tal autoridad doméstica cuando pasa á segundo ó ulterior matrimonio (artículos 571 y 932, núm. 2.°, del Proyecto).

A este efecto el Proyecto se refiere expresamente al patrimonio particular de los hijos de familia, cuya condición tienen precisamente por su sumisión á la patria potestad (artículo 369 del mismo Proyecto), aclarando de este modo lo que al propio efecto establece la ley Hipotecaria en dicho núm. 2.° del art. 168 con referencia á los hijos y á los padres en general; de igual manera que al ocuparse la misma disposición del Proyecto, de la hipoteca por bienes reservables, se refiere, no sólo á los hijos, sino también á los demás descendientes, para corresponder de esta suerte, á fin de evitar toda duda respecto á la extensión de la reserva, á la dicción que emplea el Código en sus artículos 968 y 971, en los cuales consigna expresamente que á favor de los hijos y de los demás descendientes se extiende la referida obligación de reservar impuesta al viudo ó viuda que pase á segundo matrimonio.

Por igual motivo de la obligación de reservar, he creído también que debía corresponder en la enumeración de las hipotecas legales la relativa á la expresada obligación en favor de los parientes que ha establecido el Código Civil en su art. 811.

Como al fin la hipoteca por causa de reserva no responde á necesidad derivada de la edad, sino principalmente á la que emana de la falta de acción inmediata sobre los bienes, lo cual tiene lugar, ya tratándose de hijos ó descendientes, ya tratándose de otros parientes, siempre que por efecto directo de la ley resulte de tal modo determinada la limitación del dueño ó poseedor de los bienes

reservables en su libre disposición, he creído que aquella obligación establecida en el art. 811 del Código debía ser completada para su perfecta eficacia de un modo análogo á lo que, respecto á los bienes reservables en favor de los hijos, se halla ya establecido por nuestra legislación hipotecaria.

Es, pues, la hipoteca en favor de los parientes sólo un medio de ofrecer plena eficacia á la obligación característica de semejante reserva.

Fundada esta institución en condiciones resolutorias de la libertad de disponer por parte del reservista, ni éste debe quedar privado de la posesesión consiguiente á su respectivo derecho de propiedad, ni limitada siquiera su facultad de disponer más que en tanto le sobrevivan interesados en aquella obligación, que desaparece por la falta de existencia de los mismos.

Esta situación, pues, que á la falta de acción inmediata sobre los bienes reservables por parte de los interesados en la reserva agrega además el carácter eventual de su derecho, revela la facilidad con que podrían desaparecer ó llegar á ser desconocidas, aun por el obligado á reservar, las circunstancias especiales que motivan su referida obligación. Así entiendo que, á fin de que éstas no se oculten, siquiera fuese por ingorancia, y quepa, por tanto, determinarlas en todo caso por parte de cualquiera que, aun eventualmente, pueda tener interés en la reserva, debe también á la establecida entre parientes acompañar la garantía propia de la hipoteca legal, señalando al efecto las circustancias en razón de las cuales haya de determinarse el alcance de semejante hipoteca, de un modo análogo al prevenido por igual causa en favor de los hijos sobre los bienes de sus padres.

Claro es que la reserva en favor de los parientes reconoce propiamente un origen distinto de la establecida por causa de matrimonio. Aquélla se funda única y exclusi-

vamente en la causa de sucesión, y la condición reservable de los bienes afecta directa é inmediatamente á la adquisición de los mismos en virtud del derecho sucesorio; en cambio, la reserva por razón de matrimonio, aunque tenga por base un derecho sucesorio, requiere como causa determinante el nuevo matrimonio del padre ó madre de cuyos bienes se trate, y, por tanto, una condición que, sin ser inherente al derecho sucesorio que pueda servir de base á semejante reserva, viene á condicionarla con cierta independencia de la adquisición del mencionado derecho.

Esta diversa condición entre una y otra clase de reservas podría parecer á simple vista motivo bastante para prescindir de la hipoteca legal en la establecida á favor de los parientes, toda vez que las circunstancias especiales del derecho en cuya virtud se adquieran los bienes reservables en la sucesión de que se trate, han de condicionarlo y servir, por tanto, para su determinación, lo mismo en las titulaciones derivadas de dicha sucesión, que en las inscripciones que, por lo que á los inmuebles se refiere, deban provocar en el Registro de la propiedad.

Mas es preciso no olvidar, como antes indicaba, que el carácter eventual del derecho de los interesados en la reserva hace que en cierto modo resulte más indeterminado todavía, que tratándose de la reserva por matrimonio, el interés de las personas á quienes, en su caso, correspondan definitivamente los bienes.

Al fin, en la reserva por causa de matrimonio son desde luego conocidas las personas á quienes pueda interesar, aun cuando entre ellas no pueda determinarse á punto fijo cuáles serán las que, en su caso, estarán llamadas á obtener la transferencia de los bienes reservables. Pero en la reserva á favor de los parientes puede muy bien suceder que por de pronto lleguen aun á ser denominadas las personas en quienes recaiga el interés de semejante

reserva y resulte, por lo mismo, una situación en la cual la virtualidad de dicha institución dependa casi exclusivamente de la conducta que observe, respecto á la publicidad de la reserva y determinación de los bienes á que afecte, precisamente el mismo sobre quien pese la obligación de reservar.

La necesidad de salvar, pues, los respectivos derechos que se originan en esta situación, hace tan natural como justa la solicitud de la ley en pro del medio por el cual quepa á los interesados provocar aquella publicidad y determinación de bienes, de los que ha de depender, en su caso, la completa eficacia de los derechos que la reserva origina.

Por esto he creído que, reconocida en nuestra legislación la hipoteca legal por razón de bienes reservables por causa de matrimonio, debía de igual manera buscarse en las condiciones de semejante hipoteca legal el medio de atender á la referida necesidad en la reserva por razón de parentesco.

Después de todo, ya se trate de la reserva por causa de matrimonio ó simplemente por causa de parentesco, puede decirse que las condiciones de la hipoteca legal no se traducen en una verdadera exigencia contra el que tiene la obligación de reservar, si ésta no pesa sobre bienes muebles ó semovientes que aquél conserve de modo que no pueda ser fácilmente conocida la limitación que la reserva implica en su respectivo derecho.

Es sabido que en esta clase de hipotecas legales el interés casi capital, tratándose de bienes inmuebles, consiste en hacer constar la condición de reservables; y como además el Proyecto facilita, aun tratándose de los muebles (artículo 56 del Apéndice, relativo á las hipotecas legales), la posibilidad de hacerlo constar cuando estén depositados, resulta propiamente que la exigencia de la hipoteca legal queda en realidad limitada al valor de los muebles

que, por no estar depositados, se hallan absolutamente á discreción del obligado á reservar.

Así, pues, ni el derecho de hacer constar la condición de reservables es ni puede ser limitativo de las facultades de aquel sobre quien pesa la reserva, estando como está por lo mismo en el caso de procurar que en dichos bienes conste siempre su expresada condición, ni la circunstancia de que se consiga que dicha condición se haga constar por virtud de la hipoteca legal implica en las funciones de esta última un carácter opuesto á su propia naturaleza, toda vez que, lejos de servir para fijar por ella una garantía del derecho á la reserva, sirve más bien para procurar su inscripción ó anotación en el Registro, á semejanza de lo que ocurre con las inscripciones á favor de los hijos en la hipoteca legal originada por los bienes de su patrimonio particular.

Es de advertir, en este punto, que la función de la hipoteca legal no consiste precisamente en provocar la inscripción ó la anotación en su caso, sino en valerse de estos medios para poder determinar, con relación á los demás bienes reservables, la cuantía de la hipoteca que debe ser constituída: pudiendo decirse, de esta suerte, que la formalización de estos asientos que han de procurar las mismas personas sobre quienes pesa la obligación de hipotecar por causa de reserva ó de patria potestad, sólo desempeña el contenido de fijar el alcance de la hipoteca que deben constituir, ya que, mediante dicha formalización relativa á los inmuebles, viene á determinarse cuáles son los únicos bienes restantes por cuyo valor debe prestarse la garantía hipotecaria.

Así, pues, aun cuando el art. 811 del Código nada expresa acerca de la necesidad de que la hipoteca legal acompañe á la reserva que en favor de los parientes establece, se ve claramente que lo mismo en ésta que en la motivada por matrimonio concurren las circunstancias

que la hacen indispensable, habiéndolo reconocido así, si bien por razón de analogía, lo mismo la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias de 8 de Noviembre de 1894, 16 de Diciembre de 1892 y 30 de Diciembre de 1897, como la Dirección de los Registros lo había hecho ya en resolución de 25 de Junio de 1892.

También respecto á la hipoteca legal en favor de los hijos de anterior matrimonio es indispensable modificar, en sentido de atribuirle un efecto de mayor generalidad, lo dispuesto acerca de este punto en el citado número (el 3.°) del mencionado art. 168 de la ley Hipotecaria.

Refiérese éste únicamente á las hijos del primer matrimonio, así como á los bienes de su padrastro; y desde luego se comprende que, siendo como es extensiva también á los descendientes legítimos la reserva por causa de matrimonio y el derecho, en su caso, á obtener hipoteca legal por los bienes de su pertenencia que la madre ó abuela haya administrado ó administre, es indispensable que esta extensión de la hipoteca no quede contrarrestada por la referida designación empleada en la ley Hipotecaria, y mucho menos debiendo como debe ser aplicable lo dispuesto respecto á los hijos del primer matrimonio á los de cualquier otro matrimonio después del cual la madre ó abuela en su caso hayan contraído nuevas nupcias, á fin de que, mediante dicha fórmula de mayor generalidad, puedan resultar debidamente atendidos los diversos casos á que se refiere la hipoteca legal que esté obligado á constituir el que contrae matrimonio con la madre ó ascendiente á que hace referencia el citado núm. 3.° del mencionado artículo.

Y nada digo respecto al número 4.° del mismo artículo, que trata de la hipoteca legal en favor de los menores ó incapacitados sobre los bienes de sus tutores ó curadores, porque aun cuando según el Código la reforma se haría indispensable á consecuencia de haber éste prescindido

de la curaduría, deja en mi Proyecto de ser necesaria dicha modificación por conservarse, como queda expuesto y justificado en su lugar, la institución de la curaduría, no obstante haber sido regulada en el Proyecto en condiciones distintas de las que tenía con anterioridad al Código Civil.

SECCIÓN OCTAVA

De lo relativo á las garantías de la legítima del cónyuge viudo. (Artículos 838 y 492 del Código Civil.)

Tampoco haría mención alguna de la hipoteca legal que se ha supuesto existente en favor del cónyuge viudo para hacer efectivo el derecho que le concede el párrafo 2.° del artículo 838 del Código Civil sobre los bienes de la herencia del cónyuge difunto, así como en favor de los herederos del cónyuge premuerto sobre los bienes del sobreviviente por los que éste tenga en su poder en concepto de cuota vidual, siempreque contrajere segundo matrimonio.

Sabidas son las cuestiones que así entre los comentaristas como igualmente en las academias de derecho se han suscitado con motivo de las disposiciones del Código Civil referentes á estos dos particulares, ó sea el citado párrafo 2.° del art. 838 y el art. 492 del mismo Código.

No es extraño que tan diversas hayan resultado las opiniones sustentadas en las referidas discusiones, pues el mismo legislador se ha mostrado hasta ahora con igual indecisión, si se tiene presente lo prevenido en la ley Hipotecaria para Ultramar y lo aprobado por el Senado y lo dictaminado por el Congreso en el proyecto de reforma de la ley Hipotecaria.

En dicha ley promulgada para Ultramar se reserva para las anotaciones preventivas (núm. 6.° del art. 42) el medio de hacer efectivo el viudo el indicado derecho ó *afección* sobre todos los bienes de la herencia, á que hace referencia el segundo párrafo del art. 838 del Código

Civil, y se formula en concepto de hipoteca legal (número 3.° del art. 168) el derecho derivado de lo prevenido en el art. 492 del Código en favor de los herederos del cónyuge premuerto, cuando el viudo ó sobreviviente contrajere nuevo matrimonio.

Hasta aquí el criterio del legislador fué íntegramente respetado por el Senado, al deliberar sobre el proyecto de reforma de la ley Hipotecaria; pero la Comisión del Congreso, al dictaminar acerca de dicho proyecto, influída sin duda por los diversos criterios que, como queda expuesto, resultaban sostenidos sobre éstos en las escuelas y entre los comentaristas, prescindió ya en las anotaciones preventivas de lo que había consignado en favor del cónyuge viudo la citada ley para Ultramar, prefiriendo para garantía de su derecho el medio de la hipoteca legal de que hace mención el número 5.° del art. 168 de aquel proyecto, asunto del referido dictamen.

Por esto indicaba que las vacilaciones en esta materia jurídica se han mostrado también de parte del legistador, y mantienen, por consiguiente, en pie, no sólo las dudas que ofrecen escuelas y comentaristas sobre si el citado derecho del viudo ha de ser objeto de anotación preventiva, ó de hipoteca legal, ó de simple inscripción en el Registro de la propiedad, sino también la necesidad de determinar claramente la verdadera naturaleza y alcance de las hipotecas legales dentro del régimen del moderno sistema hipotecario, para poder conocer hasta qué punto puede estar justificado que por medio de las hipotecas legales deban conseguir su respectiva eficacia así el referido derecho del viudo como el indicado en favor de los herederos del cónyuge premuerto.

Respecto al derecho del viudo, la afección de todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que le corresponda, que es lo prevenido en el párrafo 2.° del artículo 838 del Código Civil, como medio utilizable mien-

tras no se determinen, de mutuo acuerdo con los herederos ó en virtud de mandato judicial, los bienes ó rentas con los que especialmente ha de ser atendida su cuota vidual, desde luego se descubre la imposibilidad de que dicha afección se traduzca por hipoteca legal, tanto por su naturaleza como por su extensión, como también por la forma de su constitución. Aunque, por regla general, la palabra afección, empleada por la ley, indica gravamen ó garantía para la eficacia de algún derecho, es lo cierto que no por esto está en oposición con el concepto de que precisamente sean los bienes afectos el medio propio y peculiar de la utilidad del derecho de que se trate, y no simplemente la garantía ó elemento de seguridad que implicaría, á su vez, la constitución de un nuevo derecho, á saber: el asegurado ó principal, y el de garantía ó accesorio.

Esta sola consideración revela claramente que la afección de que trata el citado artículo del Código no se refiere propiamente al gravamen de hipoteca. Esta corresponde siempre á la existencia de una obligación principal cuyo cumplimiento se trata de asegurar; es, de consiguiente, expresión de un derecho de garantía con referencia á otro derecho, ó sea el correlativo de dicha obligación principal; se ajusta, por tanto, á una situación jurídica en que se ponderan los dos derechos, esto es, el asegurado y el que sirve para su garantía y seguridad; derechos cuya naturaleza es esencialmente diversa, personal el primero y real el último, y que en su virtud requieren que los bienes sobre que pese este último no sean de la pertenencia de aquel á cuyo favor se constituya la hipoteca, en una palabra, que éste no esté asistido de derecho de propiedad sobre los bienes hipotecables.

Ahora bien: ¿qué resultaría si precisamente se tratara de erigir en hipoteca legal aquella afección ó el derecho del viudo sobre los bienes de la herencia? Habría que

convenir, ante todo, en que el derecho del viudo no tenía originariamente carácter de derecho real, que era simplemente una obligación impuesta á los herederos, sin derecho propio de aquél, y menos legitimario respecto á los bienes de la herencia; pues que de otra parte, ó sería preciso que la hipoteca recayese sobre bienes de los herederos ó de algún extraño, pero siempre distintos de los de la herencia, ó resultaría que el viudo se hipotecaría á sí mismo bienes de su respectiva propiedad, y precisamente para el propio objeto en que su misma propiedad consistiría.

En este punto, el carácter legitimario del derecho del viudo rechaza toda idea de posible constitución de hipoteca sobre los bienes de la herencia para la efectividad de su legítima.

Siendo como es, por tanto, el derecho del viudo un verdero derecho real, de carácter esencialmente hereditario, (artículo 807 del Código), que pesa en su virtud directamente sobre los bienes de la herencia, y pudiendo el viudo, con tal motivo, contar al efecto á estos mismos bienes como medio útil de su propio derecho, la afección á que se refiere la ley es sólo la expresión de esta misma utilidad originariamente real para la debida eficacia de la legítima del viudo, y no reviste, de consiguiente, requisito alguno de aquellos que, como he dicho, son indispensables para el origen ó constitución del gravamen de hipoteca.

Pues si se atiende á su extensión, ocurre exactamente lo mismo. Ni aquella afección resultaría determinada en cantidad, ni serían tampoco determinados los bienes, siendo como es la herencia una universalidad, y vendría, como es natural, á resultar una hipoteca de carácter general ó indeterminado, que es precisamente opuesto, por todo extremo, á las condiciones exigidas para dicha institución en el moderno sistema hipotecario.

Idéntica sería la solución en cuanto á la manera de formalizar semejante clase de hipoteca. ¿Se constituiría por escritura públíca? ¿Lo sería por expresa disposición del dueño de los bienes sobre que se constituye? ¿Debería formalizarse en el Registro por medio de inscripción del título por el cúal se constituyese? ¿Quedaría, por el contrario, establecida sin necesidad de inscripción? A buen seguro que ni la escritura pública, ni la disposición del dueño, ni la inscripción en el Registro acompañarían á semejante clase de hipoteca, que había de considerarse originada única y exclusivamente por la disposición legal; y aun así, surgiría la grave dificultad de que ésta no declare que semejante derecho sea eficaz sin necesidad de inscripción en el Registro, con lo cual se daría lugar á una hipoteca de carácter tácito, sin publicidad alguna y contraria, de consiguiente, también á los requisitos exigidos igualmente para la constitución de la hipoteca en el moderno sistema ó régimen de esta institución tan importante.

Así, pues, ni la naturaleza de la hipoteca, ni la especialidad de la hipoteca legal, ni los caracteres de publicidad y especialidad exigidos por el moderno sistema hipotecario, podrían prestar elemenlo alguno para deducir que la afección á que se refiere el párrafo 2.° del art. 838 del Código Civil deba ser estimada como expresión de una hipoteca legal en favor del cónyuge viudo.

Se ha dicho, sin embargo, que tampoco conviene á dicha afección el carácter de un derecho susceptible de una anotación preventiva. Tiénese presente, al efecto, que el derecho legitimario del viudo es un derecho perfecto sobre los bienes hereditarios, que en tal concepto los sujeta á todos directamente, aunque en la proporción de su participación en la masa de la herencia, y en que, por lo mismo, le basta al viudo con la inscripción que corresponde á todo derecho de propiedad, y, caso preciso, con la ano-

tación del juicio en que lo reclame, pudiendo, como puede, promover el oportuno juicio de la testamentaría.

Si estas notas que se señalan frente á la necesidad de la cuestación preventiva especial para los derechos del viudo fuesen rigurosamente exactas, cabría, ciertamente, considerar que de ningún modo semejante anotación preventiva había de ser indispensable al viudo, pudiendo, como podría, contar con los medios de la inscripción de su derecho hereditario, independientemente de todo juicio, ó con la anotación del juicio de testamentaría en que reclamara la singularización de aquel derecho sobre bienes determinados de la herencia.

Pero precisamente aquí es donde debe fijarse la atención en los mismos términos del citado art. 838 del Código Civil, para comprender la trascendencia y verdadera significación de lo prevenido en el párrafo 2.° del mencionado artículo.

Reconocer en el viudo perfecto derecho como cualquiera otro heredero para poseer en definitiva, sobre todos y cada uno de los bienes de la herencia, la participación de su cuota hereditaria, sin otros límites que los consiguientes á los derechos reconocidos para la división de la cosa común, según sea ésta ó no divisible y permita ó no fácil distribución entre los copartícipes, equivaldría á desconocer la pertinencia y utilidad del párrafo primero del art. 838; ya que todo acuerdo ó situación obligada en forma judicial para la singularización del derecho del viudo en rentas ó bienes determinados de la herencia, sólo podría ser consecuencia de las reglas establecidas para la división de la cosa común, y no de la facultad ó derecho expresamente reconocido en favor de los herederos por el párrafo 1.° de dicho art. 838.

Cuando éstos pueden obligar al viudo, aun en forma judicial, á singularizar su derecho sobre rentas ó bienes determinados, es evidente que la ley no le concede aquella

absoluta independencia propia del derecho hereditario é inherente al perfecto derecho de propiedad para negarse á esta singularización sin más límites que los relativos á la división de la copropiedad ó de la propiedad común.

Lejos de ello, se ve claramente que si el pensamiento ha sido reconocer en principio á favor del viudo verdadero derecho legitimario, ha sido también estatuir á su vez, como forma definitiva de semejante derecho, la singularización sobre bienes ó rentas determinados. Y como esta singularización ha de ser, por consiguiente, la forma definitiva de semejante clase de derecho legitimario, la ley no pudo menos de tener presente que hasta llegar á conseguir dicha forma, bien fuera por muto acuerdo, ó bien provocando la intervención judicial, debía surgir forzosamente una situación provisional ó transitoria, durante la que el derecho del viudo había de quedar á salvo frente á los mismos interesados en la herencia, y muy especialmente contra tercero; lo cual exigía la declaración consignada al efecto en el párrafo 2.° de dicho artículo para que, según la propia naturaleza de aquel derecho legitimario, y en la forma acomodada á las simplemente preparatorias de las situaciones jurídicas que definitivamente hayan de tener en el Registro de la propiedad los derechos establecidos, se salvara igualmente en el Registro la debida eficacia correspondiente á su cuota ó participación por viudedad.

He aquí por qué no he podido menos de decidirme, en el Proyecto que acompaño, por la forma de la anotación preventiva como medio de conseguir este resultado para la declaración consignada en el párrafo 2.° del citado artículo del Código.

Según esto, el derecho del viudo sobre todos los bienes de la herencia es sólo provisional ó transitorio, pues su valor definivo exige la singularización convencional ó forzosa exigida en el párrafo 1.°

En esta situación la inscripción, llamada á producir en el Registro efectos definitivos, sólo podría ser procedente cuando el derecho del viudo revistiera, mediante la referida singularización, las condiciones exigidas para poder producirlos; y por lo mismo, en tanto no las revista y tenga únicamente carácter provisional ó transitorio su derecho sobre todos los bienes de la herencia, es natural y lógico que su publicidad por el Registro se acomode á las formas en cierto modo transitorias de la anotación preventiva, debiendo, como debe, desaparecer dicho efecto general del derecho del viudo, cuando por aquella singularización ha de traducirse en efecto especial y concreto que con el carácter permanente, propio de las inscripciones, venga ya á formalizar definitivamente su derecho legitimario.

No me he decidido, pues, por la hipoteca legal, por ser opuesta á la institución hipotecaria y además al moderno régimen hipotecario; no he admitido tampoco la forma de inscripción en el Registro por ser contraria al carácter esencialmente transitorio con que califica el Código, en dicho párrafo 2.° del art. 838, el efecto de aquel derecho heriditario sobre todos los bienes de la herencia; pero he considerado que debía establecerse para semejante derecho la forma de anotación preventiva, á fin de procurar al viudo el medio de poner á salvo eficazmente contra terceros lo que pueda corresponderle, sin necesidad de promover por su parte el juicio de testamentaría que en su caso había de dar lugar también á una anotación, aunque de carácter general, para cuantos estuviesen interesados en dicha testamentaría.

Y lo he creído tanto más procedente, considerando que los términos del párrafo 2.° del art. 838 del Código Civil no impedían la posibilidad de fijar en cantidad determinada, si bien siempre sólo para el referido efecto puramente provisional ó transitorio de la anotación que se

provoque, la responsabilidad ó alcance de cuanto al viudo corresponda, utilizando para este fin el procedimiento breve y sumario señalado para la anotación preventiva que el legatario puede promover en forma judicial (artículos 55 y 57 de la ley Hipotecaria y 2.344 y 2.346 del Proyecto).

Así lo establecen, además del núm. 8.° del art. 2.325 del Proyecto, los artículos 2.358, 2.359 y 2.360 del mismo, facilitando de esta suerte que la salvedad legal del derecho legitimario del viudo, mientras no se precise de un modo definitivo sobre ventas ó bienes determinados de la herencia, pueda tener lugar sin necesidad de provocar ni una inscripción sobre todos los bienes de ésta, que habría de revestir de todos modos un valor juridico simplemente provisional, ni una anotación en todos ó en cada uno de los mismos, que pudiera dificultar la acción de los herederos sin perjuicio de los derechos del viudo, ni un juicio de testamentaría, que hubiera de coartar en este punto la iniciativa de los propios herederos.

En este sentido no he podido menos de separarme del criterio sustentado por la comisión del Congreso en el proyecto de reforma de la ley Hipotecaria, á que antes hacía referencia, estimando más acertado, y asimismo indispensable, lo prevenido en la ley Hipotecaria para Ultramar (art. 42, núm. 6.°) y en la aprobación del Senado al proyecto de reforma anteriormente referido.

No he podido, sin embargo, hacer lo mismo en lo concerniente al derecho de los herederos del cónyuge premuerto sobre los bienes del sobreviviente que contraiga nuevas nupcias.

Aunque en este punto resultaran de acuerdo dicha ley Hipotecaria para Ultramar y los mencionados trabajos del Senado y de la Comisión del Congreso, que sustentan para semejante derecho el establecimiento de hipoteca legal en favor de los expresados herederos, me he

visto precisado á prescindir de semejante hipoteca, tanto por el criterio que mantengo en el Proyecto respecto á la resolución ó pérdida del derecho del viudo, como porque entiendo también que, aun con el criterio del Código Civil acerca de este particular, no cabía jurídicamente establecer dicha especie de hipoteca.

Por lo que incumbe al indicado criterio del Proyecto que acompaño, forzosamente había de hacer caso omiso de dicha hipoteca legal prevenida (núm. 3.º del art. 168 de la ley Hipotecaria de Ultramar) en favor de los herederos del cónyuge premuerto.

Claramente he consignado, al tratar de la extinción del usufructo, que el que por legítima corresponde al cónyuge viudo debe extinguirse cuando contraiga nuevo matrimonio, aunque éste sea nulo, ó tenga algún hijo ilegítimo con posterioridad á la adquisición de dicho usufructo. Estas causas resolutorias del derecho de viudedad, ajustadas lo mismo á lo prevenido en la ley de Bases (la 17) para la redacción del Código, que á lo establecido en el art. 980 del Código Civil, este último con referencia á la obligación de reservar, han motivado en mi Proyecto la modificación correspondiente á lo que previene el art. 492 del Código Civil, para que en lugar de continuar el usufructo, si bien con garantía ó fianza, desaparezca desde luego aquel derecho originado en consideración al cónyuge premuerto sobre la base de no resultar quebrantada por un nuevo matrimonio la unión conyugal interrumpida por la muerte del primer cónyuge.

Este es el verdadero criterio que inspira el usufructo vidual en las legislaciones forales y al que se remitió dicha ley de Bases para su establecimiento en el Código Civil; y siendo como es á su vez este sentido el que propiamente informa el citado art. 980 del Código, para que el viudo ó viuda tengan también la obligación de reservar por causa de matrimonio, aun sin haberlo contraído, pa-

réceme que, lejos de estarse en el caso de mantener semejante discordancia entre el espíritu de dichos artículos 492 y 980 del Código, y entre éste y las legislaciones forales respecto al usufructo por viudedad, corresponde hacer cesar desde luego semejante clase de usufructo en las referidas circunstancias que consigna expresamente el artículo 1.366 del Proyecto que acompaño.

A las observaciones hechas anteriormente sobre este artículo cuando me ocupé de la extinción del usufructo me remito también ahora, á fin de evitar repeticiones, bastando, por lo que á este lugar corresponde, haber hecho esta ligera indicación para que desde luego se comprenda cuán natural y lógico es que prescinda de aquella hipoteca legal, autorizada por la ley Hipotecaria para Ultramar y reconocida por el proyecto que aprobó el Senado y sobre el que dictaminó el Congreso, partiendo como partían de la subsistencia del expresado usufructo con arreglo al art. 492 del Código, y no de la extinción del mismo usufructo, en favor de la cual se pronuncia mi Proyecto, y que ha de exigir, para el caso de ulterior matrimonio del cónyuge viudo, la restitución de los bienes usufructuados en lugar de su conservación con garantía hipotecaria.

De todos modos, una observación á mi juicio interesante he de hacer acerca de este particular; porque entiendo que, aun cuando se pretenda sustentar en favor del cónyuge viudo la subsistencia del usufructo no obstante su nuevo matrimonio, según resulta de la excepción prevenida en lo dispuesto por el art. 492 del Código Civil, no hay motivo, ni siquiera términos hábiles para que se deduzca de dicha disposición, ó de cualquier otra del Código, la necesidad de establecer contra sus bienes una hipoteca legal.

La exigencia en este sentido ha sido obra de la ley Hipotecaria para Ultramar; y aunque ha conseguido al efec-

to, en un proyecto posterior, la aquiescencia del Senado y de la respectiva Comisión del Congreso, es lo cierto que ni la ley Hipotecaria, por su especial misión, estaba en el caso de alterar lo establecido en el Código, restringiendo la facultad del viudo para prestar la fianza exigida en el usufructo, en iguales condiciones que cualquier otro usufructuario, ni mucho menos á introducir por sus preceptos la referida alteración en orden á sustituir ó concretar la eficacia de semejante fianza con la determinación y constitución de una hipoteca legal.

Toda modificación que hubiera debido hacerse respecto á la libertad que con arreglo á dicho art. 492 del Código corresponde al cónyuge viudo para la constitución de la garantía ó fianza prevenida en el art. 491 de dicho Cuerpo legal, debía ser asunto encomendado naturalmente á la reforma ó revisión del mismo Código Civil, pues las prevenciones de la ley Hipotecaria sólo deben ser complementarias del cuerpo general de derecho en lo que se refiere á salvar todo interés legítimo de un tercero, y no hay ni puede haber motivo para que en lo referente á tercero deban regir disposiciones distintas de aquellas con que la ley regule el origen y naturaleza de una relación jurídica entre los interesados en la misma.

Podrán variar en sus efectos las relaciones establecidas, según que reúnan ó no la publicidad del Registro. Pero en cuanto á su origen y naturaleza, en una palabra, en lo relativo á la determinación de su existencia, con publicidad y sin ella han de encontrar su justificación independientemente de lo prevenido para la debida eficacia de la publicidad, en su caso, por la ley Hipotecaria. Por esto entiendo que en el Código y no en la ley Hipotecaria era donde incumbía desenvolver lo relativo á la aplicación de la referida doctrina expuesta en dicho art. 492, para señalar si sólo se proponía restablecer las condiciones ordinarias del usufructo cuando el viudo contrajera

nuevas nupcias, á fin de que únicamente cesara la excepción establecida á su favor en dicho artículo mientras se mantuviera en el estado de viudez originario de semejante usufructo; ó si es que además guiaba al legislador el propósito de exigir que la garantía ó fianza que el viudo debiera prestar en el caso de nuevo matrimonio no fuera la prevenida en general para todo usufructuario, sino la extraordinaria de una hipoteca legal.

Ante este dilema, los términos de la citada disposición del Código Civil no permiten, á mi juicio, abrigar duda de que el legislador, lejos de proponerse mantener en el viudo una situación anormal en lo relativo á la fianza del usufructo para exigírsela, cuando deba prestarla, en forma de hipoteca legal, se propuso únicamente hacer cesar la excepción prevenida en favor del viudo, para restablecer las condiciones ordinarias del usufructo, que habría tenido el de aquél desde su origen á no hallarse dispuesta la mencionada excepción.

La ley Hipotecaria de Ultramar, así como los trabajos antes mencionados de los Cuerpos colegisladores para la reforma de la ley Hipotecaria, no se han ajustado, de consiguiente, á este criterio tan notariamente fijado en el art. 492 del Código Civil, y ni había, por tanto, motivo para que dicha legislación se lanzara á modificar lo que, en su caso, debiera haber sido resultado de la modificación del Código, ni lo habría para que, en la reforma que propongo, hubiera sustentado la necesidad de aumentar el número de las hipotecas legales con una nueva en favor de los herederos del cónyuge premuerto, aun cuando para ello no fuera obstáculo la reforma de mi Proyecto para la resolución del derecho de viudedad en el caso de nuevo matrimonio del cónyuge sobreviviente.

Pero es más; entiendo también que, aun cuando el legislador se hubiera propuesto obligar al viudo á que en forma necesariamente hipotecaria constituyera la fianza del

usufructo en el caso de nuevo matrimonio, tampoco habría habido términos hábiles para exigir que dicha forma hipotecaria fuera precisamente la de la hipoteca legal.

SECCIÓN NOVENA

Sobre la naturaleza y condiciones de las hipotecas legales según el moderno sistema hipotecario

No hay condiciones, á mi juicio, para exigir en tales casos una verdera hipoteca legal en el concepto que esta institución reviste en el moderno sistema hipotecario. Y hago esta última observación, porque del mismo modo que ya he tenido ocasión de indicar las circunstancias que revelan que también los redactores de la ley Hipotecaria no siempre acertaron á desprenderse del criterio que informaba la hipoteca legal, según el antiguo sistema hipotecario, hasta el punto de haber incurrido en ciertas contradicciones en alguno de los artículos que comprende dicha ley (v. gr., el 158 con el 168 y otros) se ve igualmente, por la citada reforma de la ley Hipotecaria para Ultramar y demás trabajos legislativos á que antes me he referido, que también hoy subsiste todavía esa inclinación ó reminiscencia del antiguo criterio legal, cual si bastara para esto toda especie de privilegio emanado del arbitrio del legislador sobre la base de conseguir desde luego, por la sola virtud del precepto legal, la directa é inmediata sujeción de los bienes de que se trata.

Es menester, en este punto, no olvidar que si esto lo consentía la institución hipotecaria cuando la hipoteca podía ser general y tácita, no lo permite ya el moderno régimen, en que la necesidad de que sea pública y especial ha circunscrito la función de la ley, no precisamente en la constitución de la hipoteca, sino únicamente en el derecho á exigir semejante constitución.

Hoy la ley no exige la hipoteca; aunque diga que la

establece (art. 168 de la ley Hipotecaria), en realidad no queda constituída.

Antes, sin embargo, ocurría enteramente lo contrario. Por ministerio de la ley surgía la hipoteca y con carácter más ó menos determinado, ya en consideración á la persona del obligado, ya en razón de la posesión establecida sobre los bienes, quedaban éstos de un modo general, y además en forma tácita, sometidos desde luego al gravamen hipotecario.

Bastaba, pues, el arbitrio del legislador para el establecimiento de la hipoteca legal; como que él era quien, en verdad, la constituía.

Pero limitada ya hoy su función á otorgar tan sólo la facultad para poder exigirla, cuya condición es común á todo derecho, ya de origen voluntario, ya de origen necesario, por el cual pueda exirgirse garantía hipotecaria, se ve claramente que, ó hay que convenir en que reviste la condición de legal toda hipoteca cuya constitución es exigible, ó en que es preciso reservar dicho concepto solamente para aquellas hipotecas cuya exigible constitución se funde en motivos de interés público que reclamen, caso necesario, la intervención del Poder social para su constitución.

He aquí por qué decía que el concepto jurídico de la hipoteca legal resulta enteramente distinto, según se le considere conforme al antiguo régimen ó con arreglo al moderno sistema hipotecario.

El derecho á los oficios del Poder público para que la constitución de una hipoteca legal tenga lugar, aunque sea reclamándola el ministerio fiscal ó el representante del Estado, ó personas distintas de las interesadas en la misma, sólo puede ser materia jurídica sobre la base de un verdadero interés público en la constitución de tales hipotecas, puesto que de otra suerte, aun cuando su constitución sea exigible, si lo es en virtud de un interés exclu-

sivamente privado, la intervención del Poder público representaría una absorción ó extralimitación de atribuciones contra la libertad á disponer de lo suyo el que es árbitro de su derecho.

Por esto puede decirse que aunque la clasificación de las hipotecas, según el moderno régimen, se limita á las hipotecas voluntarias y á las llamadas legales (art. 137 de la ley Hipotecaria), es lo cierto que estos dos términos se convierten propiamente en tres, desde el momento en que, según decía, la hipoteca se reputa legal por el derecho á exigirla (art. 158 de la misma ley); y no puede suponerse que quepa extender semejante calificativo á toda hipoteca cuya constitución sea exigible, cuando es evidente que lo son muchas otras distintas de las enunciadas en el art. 168 de la mencionada ley, las cuales son, sin embargo, según el 157, las únicas estimadas en dicha calificación.

Hay, pues, además de las hipotecas voluntarias, dos clases de hipotecas exigibles: las que lo son en virtud de compromiso voluntario ó de algún derecho ó relación jurídica de cuyos efectos forma parte la facultad de exigir la constitución de una hipoteca, cuya *facultad*, como elemento potestativo, es resultado ó condición inherente á algún interés privado amparado debidamente por la ley; y las que lo son en virtud de algún derecho cimentado sobre la *necesidad* de exigir dicha constitución, y, por tanto, en razón de un verdadero interés público ó social.

Así, las hipotecas puramente voluntarias, potestativamente exigibles ó necesariamente exigibles, son en realidad los tres términos que rectamente se derivan de la indicada clasificación, en cuya virtud pasan, en cierto modo, las potestativamente exigibles á la categoría de voluntarias, siquiera en razón de la facultad ó libertad para reclamar ó no su respectiva constitución, y quedan únicamente en la categoría de legales aquellas cuya exigibilidad es forzosa ó necesaria.

Así, por ejemplo, la hipoteca constituída para garantía de un préstamo ordinario reúne, como ésta, las condiciones de hipoteca puramente voluntaria, descansando, como descansa, en el acuerdo y disposición común del acreedor y del deudor. En cambio, la constituída en virtud de un usufructo (art. 491 del Código Civil) ó en virtud de un depósito ó administración judicial (artículos, entre otros, 967 y 1.007 de la ley de Enjuiciamiento civil), é igualmente con motivo de un crédito refaccionario (art. 42, número 7.°, y 59 de la ley Hipotecaria), si bien corresponden á la clase de hipotecas exigibles respectivamente por el propietario de la finca usufructuada, ó por el tribunal que conozca del asunto en que se haya formalizado el depósito ó la administración judicial, ó por el acreedor por causa de refacción, cada uno en virtud de un derecho legalmente establecido, no pertenecen en realidad á la clase de hipotecas legales, toda vez que circunscribiéndose la utilidad de este derecho en el interés particular ó privado de aquel dueño de la finca, ó de los interesados en el asunto judicial que motive la administración ó el depósito, ó del acreedor refaccionario, la ley deja viva, como materia jurídica inherente á la peculiar esfera de acción de cada uno de estos interesados, la potestad ó facultad de exigir ó no la constitución de la hipoteca.

Pero cuando la exigibilidad de la hipoteca responde á causas de interés público ó social, como las que lleva consigo la necesidad de defender los intereses de algún incapacitado, ó de algún ausente ó persona indeterminada en cuyo favor resulte legalmente establecido algún derecho que se deba garantizar, ó del Estado, las provincias ó los pueblos, entonces semejante exigibilidad, más bien que un derecho particular ó de interés exclusivo de la persona ó entidad llamada á ejercitarlo, es en realidad un verdadero deber que reclama su necesario cumplimiento, aun cuando sea por oficio directo é inmediato del representante de la

ley ó de personas á quienes, á distinción del propio interesado, confía ésta la realización ó efectividad de semejante deber ó exigencia legal.

He aquí el verdadero concepto de la hipoteca legal en el moderno sistema hipotecario.

No es ya la distinta forma de provocar la sujeción de los bienes la que, en este nuevo régimen, separa la hipoteca legal de la voluntaria. No es tampoco su nota diferencial la circunstancia de ser ó no exigible la hipoteca. Su especialísimo carácter se cimenta en la distinta causa de su exigibilidad, según que ésta se determine en virtud de un derecho particular ó privado, ó en razón de un interés público ó social que lleva consigo la necesidad ó deber ineludible para la sustitución de la hipoteca.

Sólo así cabe que, aun dentro del moderno sistema hipotecario, se designen como únicas (art. 157 de la ley Hipotecaria) las hipotecas legales que menciona el art. 168 de dicha ley; sin comprender como tales, según antes indicaba, ni toda hipoteca exigible, ni cualquier otra que no esté fundada en alguna de las causas de interés público á que antes me refería, y en cuyo concepto se dice, con razón, que las hipotecas legales son aquellas cuya constitución (antiguo régimen) ó cuyo derecho ó deber de constituirlas (nuevo régimen) se determina por ministerio de la ley.

Ajustado á este criterio muéstrase en el Proyecto que acompaño el lugar en que aparece el régimen de las hipotecas legales, á saber: en el capítulo IV del título I, libro IV, donde se trata "de las relaciones necesarias por razón de pública utilidad", toda vez que revisten este carácter verdaderamente público en consideración á alguna de dichas causas de incapacidad, ausencia, indeterminación de la personalidad, ó interés del Estado, las relaciones jurídicas que motivan la necesidad de semejantes garantías.

Hecha esta digresión á que me he visto precisado por la incoerencia con que aun en nuestras leyes resulta actualmente señalado el concepto de la hipoteca legal y la facilidad, por no decir frecuencia, con que surge la idea de poder establecerla al libre arbitrio del legislador, según viene á revelar la indicada ley de Ultramar y los ulteriores trabajos legislativos acerca de la legislación hipotecaria, en favor de los herederos del cónyuge premuerto sobre los bienes del sobreviviente que pasa á segundas nupcias, incoerencia ó confusión que como es natural se advierte del mismo modo en los tratadistas ó glosadores de nuestra legislación, no puedo menos de preguntar: ¿Qué interés público, qué causa eminentemente social puede haber para que estos herederos estén asistidos de hipoteca legal y no haya de bastarles la garantía, sea ó no de naturaleza hipotecaria, con que el viudo asegure en su caso el usufructo con la libertad con que puede hacerlo cualquier otro usufructuario?

Las condiciones del usufructo constituído en semejantes circunstancias, son propiamente las de todo usufructo en general, y asi viene á revelarlo la misma particularidad con que de él se ocupa el citado art. 492 del Código Civil. Está determinada la persona del usufructuario; son igualmente conocidas y están perfectamente definidas las personas de los herederos del cónyuge premuerto; existe entre éstos y el viudo usufructuario una relación surgida con entera independencia de la edad y de la capacidad de los mismos; se encierra exclusivamente en ellos todo el interés jurídico de dicha relación, revistiendo de consiguiente un carácter solamente de índole particular ó privado; y se halla, en fin, trazada singularmente entre los unos y los otros la esfera respectiva de los efectos derivados de dicha relación, señalando, asi para el usufructuario como para los dueños, el alcance peculiar de sus derechos y obligaciones.

En estas condiciones por las que queda perfectamente definida una relación de verdadero derecho privado, la misión de la ley no es ni puede ser otra que la de encomendar á cada uno de los interesados el ejercicio de su derecho, ya puedan proceder por sí, ya deban hacerlo por medio de quien tenga su representación legal.

Así se comprende, pues, que el Código no haya estatuído cosa alguna respecto á la necesidad en que, según la citada ley de Ultramar, se colocaba al cónyuge viudo para que mediante hipoteca legal garantizase el usufructo vidual, en el caso de nuevo matrimonio; y he aquí por qué señalaba á este propósito que, revistiendo como reviste un carácter esencialmente privado el referido derecho de que se trata, para restablecer únicamente las condiciones generales ú ordinarias del usufructo si el viudo contrae un nuevo matrimonio, no había ni aun términos hábiles para que por el Código se hubiera tratado de establecer aquella innovación introducida en la ley Hipotecaria para Ultramar.

Se oponía á ello la naturaleza de la hipoteca legal; y por esto, aun cuando en el Proyecto que acompaño no se hiciera indispensable prescindir de semejante hipoteca, á causa de la resolución del derecho del viudo que contrae nuevo matrimonio, bastaría la indicada oposición para que tampoco hubiera podido admitir la referida hipoteca.

Como ya hacía presente hace poco, las hipotecas legales, según el moderno régimen, sólo tienen y pueden tener razón de ser cuando responden á una causa de verdadera utilidad pública; y á buen seguro que si con este criterio se examina el contenido del art. 168 de la ley Hipotecaria, se verá claramente que todas las que en él se enumeran, y sobre su base las que enumera igualmente el artículo 1.618 del Proyecto que acompaño, responden al interés social de atender á los derechos de aquéllos que, como las mujeres casadas en sus relaciones con los mari-

dos, ó los hijos de familia en las relaciones con los padres por razón de la patria potestad, ó los menores ó incapacitados en sus relaciones con los guardadores llamados á cuidar de su persona y de sus bienes, ó los hijos, descendientes ú otros parientes en sus relaciones con los que están obligados á la reserva de bienes que pueden corresponderles, ó el Estado, las provincias ó los pueblos, etcétera, en sus relaciones con los llamados á administrar sus intereses ó á realizar sus servicios administrativos, podían verse comprometidos, precisamente á causa de la dependencia de su posición en la familia, ó de la falta ó insuficiencia de inteligencia para la dirección de su persona, ó de la indeterminación en cuanto á ésta ó á la inseguridad acerca de su existencia, ó del exclusivo interés público en que ha de determinarse la gestión de los administradores del Estado ó de sus organismos regionales ó locales, ó el desempeño de los servicios contratados con la pública Administración.

En todas estas situaciones el interés de la ley en asegurar la organización y subordinación en la vida de familia, así como en procurar la debida dirección á los que por falta de edad ó de inteligencia no pueden regirse por sí mismos, ó la integridad de su derecho en quienes por ausencia ú otra causa cualquiera resulte indeterminada su existencia, é igualmente para promover en todo tiempo la acción del público interés en el régimen de cuanto incumbe al Estado ó á sus interiores organismos, exige que, á fin de conseguir la realización de estos fines, se amparen de tal suerte los derechos reconocidos para ello á las personas á quienes afecten, que no se descanse sólo en su declaración, sino que á esta función de la ley acompañe la acción del Poder público, para que, según antes decía, bien sea por el propio representante de la ley, bien sea por el deber impuesto á determinadas personas, se consiga la completa eficacia de los derechos que al efecto se

declaren, aun con relativa independencia de los propios interesados y de los que estén llamados á llevar la representación de sus derechos particulares.

No se me oculta que quizás se crea poco en armonía con semejante criterio, á que, cómo es natural, debió ajustarse y se ajusta el desarrollo que en la misma ley Hipotecaria tienen las varias hipotecas legales que en ella se reconocen, por una parte el principio estatuído en los artículos 182, 197 y 204 de dicha ley para que por la mayor edad de la mujer, ó del hijo en su caso, se circunscriba en ellos el derecho á exigir la hipoteca correspondiente, y por otra la circunstancia de extender la institución de la hipoteca legal reconociéndola por causa de reserva, ya en razón de nuevo matrimonio, ya en razón tan sólo de parentesco, siendo así que estos derechos, que se determinan con entera independencia de la edad y suficiencia de los respectivos interesados, revisten al parecer un carácter esencialmente privado, para cuya eficacia debiera bastar la gestión del propio interesado realizada por sí ó por quien le represente legalmente.

Ni lo uno ni lo otro, sin embargo, se oponen á la necesidad de la hipoteca legal, si se examina atentamente la materia jurídica comprendida en estos casos.

No porque la mujer casada haya llegado á la mayor edad puede haber motivo para prescindir en absoluto del oficio de la ley en procurar que necesariamente se constituya (por hipoteca legal) la debida garantía de los derechos que pueden quedar comprometidos por la subordinación ó dependencia que reclama la existencia de la vida de familia.

El fundamento de semejante hipoteca, independientemente del caso ó situación especial en que se trate de hacer efectiva, consiste en salvar los intereses que podrían resultar abandonados ó lastimados á consecuencia de la necesidad social que representa (autoridad marital

y autoridad paterna) la organización y régimen de la vida familiar.

Como esta necesidad pública lo mismo surge tratándose de persona mayor ó menor de edad, ya tenga ó no completas sus facultades intelectuales, la ley está en el caso, para mantener incólume el indicado principio que sirve de fundamento á semejante hipoteca, de establecer ésta con carácter general, aunque pueda en ciertas circunstancias, y sólo por vía de excepción, modificar en cierto modo sus efectos, circunscribiendo, como decía, en los indicados casos de mayor edad del interesado, exclusivamente en su persona, la facultad de exigir la constitución de semejante hipoteca.

Aunque la mujer sea mayor de edad, existe la causa del matrimonio, originaria del derecho á la hipoteca legal, y, por lo mismo, la ley mantiene la necesidad social que lleva consigo semejante causa, aplicable sin restricción siempre que la mujer sea menor, y restringida, sin embargo, cuando ésta llega á la mayor edad, en el sentido de que en ella exclusivamnte radique la facultad de exigir la constitución de la expresada garantía.

No es de este momento examinar si es ó no acertada semejante solución, por la que la ley entrega por completo á discreción de la mujer, cuando es mayor, lo que por razón de sus bienes podría perturbar la paz ó tranquilidad de las familias. Bástame tener presente que este es un criterio arraigado en nuestra legislación, mantenido constantemente en la ley Hipotecaria y al que, por lo mismo, entiendo que es preciso deferir, aunque sea por vía de excepción, al principio en que se informa la necesidad social de proteger, mediante hipoteca legal, los bienes de la mujer casada cuya administración corresponda á su marido.

Después de todo, independientemente de esta excepción, por la que pasa á ser potestativa de la mujer la exigibilidad de semejante hipoteca, habrá ésta de revestir todas

las demás condiciones propias de las hipotecas legales, ya en cuanto á los bienes sobre los que deben ser constituídas, ya en cuanto á su alcance ó cuantía y modo de formalización, ya en lo relativo á su cesión ó cancelación, ya, en una palabra, en todo lo que no sea la referida distinción por la que pasa á ser potestativa, en lugar de necesaria, la exigibilidad de la hipoteca.

No sucede lo mismo tratándose de los bienes sujetos á reserva. Como en éstos la causa de la hipoteca legal estriba precisamente en la indeterminación de las personas que en su día pueden ser llamadas á obtener los bienes reservables, la necesidad de su constitución no se modifica ni altera por la mayor edad ó suficiencia de las personas á quienes incumba hacer efectiva la obligación de reservar.

La ley en estos casos no provoca el aseguramiento de derecho alguno de persona determinada. Se propone tan sólo evitar que se abuse ó se hagan desaparecer ciertos derechos establecidos, en consideración á personas que, por haber fallecido, no los pueden vigilar ni proteger, y que quedan, por lo mismo, en una especie de orfandad que mientras no llega el momento ó condición de que depende la determinación de las personas en quienes han de recaer en definitiva los bienes á que los derechos se refieren, hace indispensable la acción ó el oficio de la ley para sostener la virtualidad de dichos derechos hasta tanto que haya quien pueda disponer libremente de los mismos.

En este período de transición entre el momento que surge la necesidad de reservar y aquel en que se ha de hacer efectiva la reserva, período durante el cual pueden ser muchas y muy distintas las condiciones ó circunstancias de las personas que pudieran tener derecho á los bienes reservables si existiesen en el momento de hacer efectiva la reserva, la ley procura facilitar su misión reconociendo en favor de cuantos pueden tener la expectativa

de los bienes de que se trate, la facultad de lograr el aseguramiento; pero por lo mismo que en el ejercicio de semejante facultad no proceden ni pueden proceder en virtud de un derecho exclusivamente propio y ni siquiera perfecto, subordinado como está á la condición resolutoria de supervivencia con relación al momento en que deba hacerse efectiva la reserva, ni la edad, ni el sexo, ni cualquiera otra condición relativa á la posición jurídica de tales interesados altera ni menoscaba la referida necesidad de la hipoteca legal, ante la exigencia igualmente social de proveer al régimen de unos derechos que no tienen, por de pronto, persona determinada que los ampare ó proteja.

Al fin, aun cuando las personas en quienes concurra la expectativa á los bienes reservables resulten unidas en circunstancias por las cuales pudiera creerse que en unas recae la representación de las demás, como por ejemplo, entre padres é hijos ú otros descendientes, es lo cierto, sin embargo, que, á semejanza de lo que ocurre con el llamado derecho de representación en materia de sucesión, existe entre ellas, para los efectos de la reserva, tal separación y relativa independencia, que no cabe suponer que en el padre, por ejemplo, se encierre la virtualidad de los derechos que el hijo pueda tener sobre los bienes reservables y pudiera, de consiguiente, considerarse perfectamente determinada en todo momento la persona en quien ha de recaer definitivamente el derecho á dicha clase de bienes.

En este punto, ya se trate de hijos ú otros descendientes, ya de parientes en diverso grado, no hay entre ellos lo que podríamos llamar verdadero derecho hereditario, para que por la condición de heredero pudiera resultar entre los unos y los otros definida constantemente la pertenencia de los bienes reservables. Como esto no existe, bien se trate de la reserva por razón de matrimo-

nio, bien de la estatuída simplemente por razón de paren, tesco, en cualquiera de ellas, aunque de diverso modo resulta siempre la incertidumbre ó indeterminación de la persona que, en su caso, ha de ser llamada al dominio ó pertenencia de los bienes reservables; por lo cual se ve, como decía, que la ley no puede menos de proveer á esta situación excepcional, parecida á la de una fundación en espera de quién ha de gobernarla ó dirigirla.

Por esto entiendo que, á pesar de resultar las reservas, á primera vista, manifestaciones de una institución referente á derechos de interés exclusivamente privado, no puede menos de descubrirse en ellas el interés público que realmente reviste semejante institución, como llamada á proveer en tanto no llega el momento de purificarse la pertenencia ó dominio, y que, por lo mismo, constituye aquella materia jurídica susceptible de la hipoteca legal, que al efecto establece el art. 1.618 del Proyecto, á semejanza de lo hecho también constantemente por nuestra legislación hipotecaria.

No se olvide que en materia de hipotecas legales la ley atiende principalmente á la necesidad de que pueda hacerse íntegramente efectiva la obligación ó responsabilidad cuyo cumplimiento deba ser asegurado, pues esta necesidad es de tal modo expresión del interés que motiva dicha clase de hipoteca, que, como es sabido, ya nuestra legislación hipotecaria (art. 160, correspondiente al 1.621 del Proyecto) llegó al punto de autorizar la posibilidad de exigir semejante garantía, aun cuando hubiera cesado la causa de su fundamento; con lo cual se comprende que independientemente de que aquella necesidad haya surgido durante la menor edad, ausencia ó enfermedad de los respectivos interesados, se mantenga viva, en razón de su origen, después que cualquiera de éstos pueda por su mayor edad ó término de su incapacidad ser árbitro de pedir ó no la constitución de la referida hipoteca.

Por más que esta especie de prolongación del derecho á exigirla parezca á primera vista contradictoria con el fundamento á que obedece la creación de esta clase de hipotecas, no puede dejar de reconocerse la utilidad de semejante criterio, sustentado ya por la mencionada ley, si se considera, como decía, el alcance que ha de tener la referida garantía.

Como ésta no ha de referirse á los bienes inmuebles, para los cuales basta la inscripción á favor de los mismos interesados á quienes pertenezcan, ó la inscripción de la condición ó circunstancia jurídica que motiva la necesidad de la hipoteca legal, según suceda, tratándose de los bienes reservables, sino que ha de referirse ó servir de garantía á las demás clases de bienes que dichos interesados no tengan en su poder; aunque éstos, al cesar la causa que motive la hipoteca, puedan encontrarse en aptitud de pedir la restitución de los bienes que se trate de asegurar, es lo cierto que no podrían conseguirlo de manera susceptible de utilizar contra terceros los efectos de la ejecutoria que recayese en su reclamación, si no se acudía al expresado medio de prolongar, aun después de terminada la causa que sirva de fundamento á la hipoteca legal, el derecho á exigir su respectiva constitución.

No porque el interesado pueda tener, con motivo de su plena capacidad ó mayor edad, el derecho á obtener la restitución de los bienes, debe cesar su derecho á conseguir el medio por el cual la ley se propuso asegurar, en todo caso, la efectividad de la restitución cuando llegara el momento de poderla reclamar.

Precisamente en estas circunstancias la función de la hipoteca legal es la misma á que obedece su origen, y la que más directa, si no únicamente, puede poner á cubierto los efectos ó resultas de la ejecutoria que recaiga al reclamar la restitución de los bienes que debieran ser asegurados.

No porque hayan dejado de exigir la constitución de la hipoteca legal aquellos á quienes incumbía hacerlo durante la menor edad ó la incapacidad del interesado, debe éste quedar privado de la facultad de conseguir el resultado que la ley se propone obtener de la constitución de semejante hipoteca, aun cuando se halle ya en condiciones de poder formular desde luego la reclamación de sus respectivos bienes.

La negligencia de unos no ha de privar á los otros de su derecho, sobre todo cuando, según indicaba hace poco, ni es ni puede ser tan expedita ó eficaz como corresponde á la constitución de la hipoteca legal, en atención á la naturaleza y alcance de lo que por ésta deba ser asegurado, la reclamación que pueda incoarse para la restitución de los bienes.

Esta resolución, ya se refiera á la devolución de bienes muebles, ó á cantidades procedentes del valor de alguna otra clase de bienes ó de responsabilidades del obligado á constituir hipoteca, debiendo, como debería, formalizarse ejercitando acción personal contra este último y, á lo sumo, utilizando la real contra el mismo si estuviese en posesión de dichos muebles ó semovientes, no contaría ni podría contar, por no referirse á bienes inmuebles ó derechos reales constituídos sobre los mismos, con el medio de seguridad á que responde el número 1.° del art. 42 de la ley Hipotecaria para prevenir desde luego, mediante anotación preventiva, las resultas del juicio que motive semejante reclamación.

En tales condiciones, la reclamación del interesado en cuyo favor debiera haberse constituído alguna hipoteca legal se encontraría desprovista del asiento por el cual la constancia de su derecho en el Registro de la propiedad sobre bienes inmuebles del obligado á constituirla ofreciese la completa seguridad de que éste no podría, disponiendo de ellos durante el juicio, eludir las conse-

cuencias ó efectos de aquella obligación que hubiera dejado de cumplir. Su situación le obligaría, en cierto modo, á esperar la ejecutoria para obtener, mediante el embargo consiguiente á su ejecución, la anotación preventiva que no le hubiera permitido conseguir, desde la interposición de la demanda, la naturaleza especial de los bienes ó responsabilidades objeto de dicha reclamación.

Pues si esta reclamación directa, posible ya al interesado cuando llegue á la mayor edad ó alcance su plena capacidad, no le pone en condiciones de contar desde luego con la seguridad necesaria para hacer efectivas en su día las resultas de la reclamación sobre los bienes inmuebles del obligado á constituir la hipoteca, es tan natural como justo que la ley procure ante todo facilitar este resultado, prolongando, como decía, según lo dispuesto en el art. 160 de la ley Hipotecaria, la facultad de exigirla, aunque haya cesado la causa que le diera fundamento; pues que haciéndolo así, y versando, por tanto, esta reclamación sobre la constitución de un derecho real (el de hipoteca) respecto á bienes inmuebles, cabe que el interesado consiga desde luego la anotación preventiva á que se refiere el número 1.° del citado art. 42 de la ley Hipotecaria, y se ponga inmediatamente en condiciones de que sobre dichos bienes inmuebles del obligado pueda en su día hacerse efectiva la responsabilidad del mismo que se declare por la ejecutoria que ponga término á la reclamación que haga necesaria la restitución de los bienes ó el pago de las cantidades que acredite el interesado.

SECCIÓN DÉCIMA

Acerca de los recursos gubernativos para la formación y rectificación de los asientos del Registro. (Artículos 66 de la ley Hipotecaria y 57 y 117 del Reglamento.)

También respecto á los recursos gubernativos he creído necesario introducir alguna modificación, más bien de

forma que de fondo, en lo hasta ahora establecido por la ley Hipotecaria,

Tratándose de una materia como la de los recursos gubernativos, llamada á completar la referente á las funciones del Registrador por la intervención que, al efecto, concede también dicha ley á los interesados en los títulos ó documentos que han de servir de base para la formalización de los respectivos asientos del Registro, parecía natural que la ley no la circunscribiera á alguna clase determinada de estos últimos, sino que la regulara en condiciones susceptibles de facilitar su aplicación á cualquiera clase de asientos ó, lo que es lo mismo, á toda actuación del Registrador en los libros del Registro.

No difiere, ciertamente, de este concepto general lo que sin duda se propuso la ley Hipotecaria al dictar las disposiciones que comprende para los recursos gubernativos que pueden ejercitarse contra la calificación del Registrador respecto á los títulos inscribibles ó las formalizaciones de los asientos en los libros del Registro.

Mas como, al fin, dicha ley se ocupa de esta materia general y común, por consiguiente, á los documentos y á los libros, esto es, á los títulos y á los asientos que éstos puedan provocar, cuando trata de las anotaciones preventivas, ya sea en la ley (art. 66), ya en el Reglamento (artículo 57), he creído que al traducir en el Código los preceptos de la ley Hipotecaria acerca de este punto relativo á las funciones del Registro de la propiedad, para la eficacia de los derechos con relación á tercero (cap. III, título I, lib. III del Proyecto que acompaño), estaba en el caso de dar unidad á toda esta materia completándola con lo que ya al efecto se estableció en el Reglamento (artículo 117 y siguientes) de la ley Hipotecaria para Ultramar, y de presentarla además con el espíritu de generalización que corresponde, para que no pueda parecer asunto exclusivo de las anotaciones preventivas, por más

que sean éstas asientos, á los cuales pueda dar lugar cualquier recurso que se intente, para salvar, en dicha forma de anotación, los efectos que, en su caso, deba producir la resolución que recaiga en el recurso.

La ley Hipotecaria, sin duda alguna, y en este punto también la de Ultramar ha seguido las huellas de lo establecido en la Península, creyó que el lugar más oportuno para tratar de los recursos era aquel en que se ocupaba de los asientos (anotaciones preventivas) á que podía dar lugar su interposición. Pero como, en realidad, el asiento que en su caso haya de salvar los efectos de la resolución que recaiga en el recurso puede también consistir en notas marginales ú otra clase de asientos, y como, después de todo, lo esencial en estos casos depende de la causa que motive el recurso, y no meramente de la clase de asiento consiguiente á su interposición, he creído que, tanto para corresponder á las exigencias propias de semejante condición, como para presentar esta materia con el carácter de generalidad que debe reunir, pudiendo, como puede, afectar á toda clase de asientos, ya sean inscripciones, anotaciones, cancelaciones ó simples notas marginales, etc., correspondía desenvolver dicha materia al ocuparse de los títulos sujetos á inscripción, toda vez que éstos, cualquiera que sea la forma del documento en que consten, son los que han de ser motivo de las calificaciones de los Registradores, sobre los cuales, así en su fondo ó contenido, como en su formalización en los libros del Registro, han de versar los recursos que se interpongan.

SECCIÓN UNDÉCIMA

De lo referente á la inscripción de la posesión y sus efectos. (Artículos 35, 402 y 403 de la ley Hipotecaria.)

Otro de los puntos acerca de los cuales he creído igualmente indispensable introducir alguna modificación á lo prevenido en la ley Hipotecaria, es el referente á la pose-

sión ó, por mejor decir, á los efectos que deba producir su misión en el Registro.

Claro es que no se trata de la inscripción de la prescripción, sino sólo, para expresarlo con más propiedad, de la inscripción de los derechos reales adquiridos por prescripción; pues en este sentido es como corresponde que, si bien no precisamente la ley Hipotecaria como tal, sino como expresión de los derechos de propiedad en general, según su resultado en el Registro, se ocupe aquélla de la prescripción y sus efectos, para señalar los que con relación á los derechos inscritos ha de producir la inscripción del dominio ó de algún otro derecho real cuando aquél ó éste son adquiridos por prescripción.

Bien se comprende que al tratar de la prescripción como título para la adquisición de algún derecho real, no puede prescindirse de tener presente la relación posesoria que mediante la prescripción ha de transformarse en verdadero derecho de propiedad.

Y hago esta indicación porque, habiéndome ocupado, como lo he hecho anteriormente, de la inscripción de los títulos posesorios para fijar su posible acceso en el Registro de la propiedad, frente á los títulos constitutivos ó traslativos de dominio ó de cualquier otro derecho de propiedad sobre los bienes inmuebles, es tan natural como lógico que la doctrina establecida acerca de esta materia, no sólo influya, sino que imprima carácter y sea, por tanto, elemento decisivo en lo que corresponda establecer acerca de la inscripción de los derechos adquiridos por prescripción y de los efectos de la misma con relación á todos los demás derechos inscritos.

Me ocupé, según decía, de dichas inscripciones referentes á los derechos dominicales y á los derechos posesorios al tratar del art. 17 de la ley (2.295 del Proyecto), haciendo notar con tal motivo la reforma que á mi juicio debía introducirse á lo anteriormente prevenido por la ley Hipo-

tecaria, reforma que en cierto modo habían iniciado para la Península algunas disposiciones complementarias de dicha ley, que condensó en forma legal la ley Hipotecaria para Ultramar (también su art. 17) y que convenía á su vez generalizar de manera que, como sucede en mi Proyecto (el citado art. 2.295), no se limitara simplemente á los títulos relativos al dominio ó posesión de los inmuebles, sino que se extendiera asimismo á cualquier otro derecho real de propiedad ó posesión impuesta sobre los mismos.

Se trataba en realidad de cerrar de una vez la larga discusión ó disparidad de criterios que venían formulándose con motivo de la ley Hipotecaria, sobre si en el Registro debían excluirse las inscripciones dominicales por las posesorias, y viceversa, ó debía admitirse la simultaneidad de unas y otras, simultaneidad que, como es sabido, había llegado entre las posesorias al extremo de admitirse aun cuando éstas fuesen contradictorias, según lo dispuesto en el art. 332 del Reglamento de la ley Hipotecaria.

No he de volver sobre este particular ni aun para ocuparme del criterio con que se ha tratado de salvar la perplejidad de la ley Hipotecaria en este punto, suponiendo que el mejor derecho á la propiedad que había de quedar en todo caso á salvo, según el art. 403 de la ley, de los efectos que pudiera producir la inscripción posesoria, no podía ser estimada por los Registradores para practicar la inscripción de cualquier título dominical que se tratara de hacer constar en el Registro, cuando ya estuviera inscrita la posesión, sino sólo por los Tribunales para mantener, rectificar ó desvirtuar, en su caso, la inscripción posesoria que apareciese en el Registro.

Dígase lo que se quiera, es lo cierto que la ley Hipotecaria estuvo muy distante de ser explícita en cuanto á este punto importantísimo si es que sus redactores se pro-

pusieron realmente evitar la simultaneidad entre las inscripciones dominicales y las inscripciones posesorias.

La falta de disposición terminante para afirmar resueltamente la doctrina de la exclusión entre unas y otras; los criterios encontrados que sobre este particular se han venido sustentando; aquel mismo art. 332 del Reglamento que fué preciso declararle caducado (Real orden de 28 de Agosto de 1883), y algunas otras disposiciones de la ley Hipotecaria, entre ellas el art. 35, el 402 y el 403 de la misma ley, revelan claramente que la situación jurídica en un asunto de tan significativa trascendencia exigía la fijación de una doctrina que hasta ahora no ha conseguido ser determinada con suficiente claridad.

En efecto, cuando el art. 35 declara en su párrafo 1.° que la prescripción que no requiera justo título no perjudicará á tercero si no se halla inscrita la posesión que ha de producirla, y cuando de igual suerte consigna el art. 403 que las inscripciones de posesión perjudicarán ó favorecerán á tercero desde su fecha, aunque solamente en cuanto á los efectos que atribuyen á la mera posesión, entre los cuales se ha comprendido por varios autores, al tratar de dicho artículo de la ley Hipotecaria, el de la prescripción, no puede menos de descubrirse que esta ley implícitamente reconocía la simultaneidad de las inscripciones dominicales y posesorias, sin lo cual no podía tener utilidad jurídica ó recta aplicación lo prevenido principalmente en el párrafo 1.° del citado art. 35 de la mencionada ley.

Partiendo como parte lo consignado en este párrafo del criterio de que una vez inscrita la posesión perjudicará á tercero la prescripción que ésta produzca, y declarado como declara el último párrafo del mismo artículo, y en armonía con él el último inciso del párrafo 4.° del citado artículo 403 de la ley Hipotecaria, que no viene comprendido en la calificación de tercero el dueño legítimo del inmueble ó derecho que se esté prescribiendo, cuyo con-

cepto alcanza á su vez á cuantos le reúnan por sus adquisiciones posteriores durante el tiempo de la posesión y, de consiguiente, hasta el momento en que por la prescripción consiga el poseedor un derecho dominical ó de verdadera propiedad, es evidente que la calificación de tercero resulta señaladamente reservada sólo para los que adquieran algún derecho limitativo ó modificativo del dominio, ya se trate de alguna servidumbre (propiedad menos plena), ya de alguna hipoteca ó censo ú otro gravamen análogo (propiedad imperfecta).

Limitada de esta suerte la calificación de tercero para los efectos del citado art. 35 de la referida ley Hipotecaria, y en consecuencia con él para los efectos de los artículos 402 y 403 de dicha ley, no podrá menos de preguntarse: ¿cómo pueden hallarse inscritos estos derechos reales limitativos ó modificativos del dominio sin que á su vez lo esté el de la persona del dueño de quien traigan causa; y cómo cabe que puedan quedar perjudicados por una posesión inscrita, cuando ésta llegue á convertirse en propiedad por la prescripción, sin que á su vez y, por tanto, simultáneamente conste también en el Registro la inscripción de dicha posesión?

Fácilmente se penetrará que para que una inscripción de posesión perjudique á los referidos derechos de propiedad, limitativos ó modificativos del dominio, cuando llegue para aquélla el momento de la prescripción, es necesario por lo menos que dicha inscripción posesoria preceda á las respectivas de los derechos de propiedad que se acaban de referir. Pero como para que éstos puedan ser inscritos es también indispensable que lo esté el derecho dominical á favor de la persona de quien traigan causa, resulta también con evidencia que dichas dos inscripciones, la de dominio á favor del dueño y la de posesión á favor del poseedor que más tarde llegue á prescribir, han de constar simultáneamente en el Registro.

Ya se examine el caso partiendo del supuesto de que la inscripción dominical preceda á la posesoria, ya se haga en la hipótesis de que la posesoria preceda á la dominical, el resultado habrá de ser necesariamente el mismo, esto es: la simultaneidad.

Si precede la inscripción dominical, sería imposible la posesoria, si la ley no admitiera la simultaneidad de una y otra; pues es evidente que si en un juicio, por ejemplo, la inscripción posesoria pudiera conducir á desvirtuar la inscripción dominical, sería imposible que con posterioridad á la posesoria se crease é inscribiese título alguno modificativo ó limitativo del dominio, porque no podría inscribirse en el Registro sin contar en él, al propio tiempo y como base, la inscripción de éste último.

Pues si la inscripción posesoria fuese la que precediera á la dominical, lo cual equivaldría á suponer que la inscripción del dominio cuando ya estuviera inscrita la posesión no pudiera dar lugar á la cancelación de ésta (ó sea la posesoria), sino que debieran ambas subsistir; aunque á virtud de dicha inscripción de dominio resultara en el Registro la base indispensable para inscribir los referidos derechos limitativos ó modificativos en favor de terceros, ponía siempre, no obstante la simultaneidad de inscripciones dominical y posesoria anteriormente indicadas; porque en caso contrario, esto es, si la inscripción dominical posterior desvirtuara ó provocase la cancelación de la inscripción posesoria anterior, ya no podría darse el caso á que se refiere el art. 35 en su párrafo 1.°, toda vez que, desapareciendo la inscripción de posesión, no había términos hábiles para suponerla con efecto alguno, y mucho menos contra tercero.

Es, pues, notorio que para que puedan tener lugar los efectos contra tercero que atribuye á la posesión inscrita el párrafo 1.° del art. 35, es indispensable partir del criterio de que la ley Hipotecaria admitía la simultaneidad

de las inscripciones dominicales y de las inscripciones posesorias, siempre que en la referida calificación de tercero, para los efectos de dicho artículo, se comprendan solamente los interesados en cualquier derecho real limitativo ó modificativo del dominio y á los cuales, por lo mismo, no se refiere el último párrafo del mismo artículo.

Para inscribir estos títulos modificativos ó limitativos es forzosa la previa inscripción del dominio; y para que aquéllas puedan quedar perjudicadas por una inscripción posesoria, ya preceda ó siga á la dominical, cuando aquélla llegue á consolidarse por prescripción, es también de todo punto necesario que dichas inscripciones dominical y posesoria puedan seguir en el Registro subsistiendo al mismo tiempo.

Ya indiqué antes de ahora la anarquía é incertidumbre que ha de producir en los derechos reales sobre los bienes inmuebles esta diversidad de fuentes ó manantiales del derecho de propiedad (verdadera ó presunta) que consten en el Registro. No es, por tanto, ocasión de repetir lo que entonces expuse también sobre la necesidad de singularizar en este punto el origen del derecho de propiedad según el Registro, optando por el principio de la exclusión entre las incripciones dominicales y las posesorias.

Lo que ahora interesa consignar es tan solo que, según dicho art. 35 de la ley Hipotecaria, ésta al parecer partía del principio opuesto, á saber: el de la simultaneidad, cuando legislaba para una situación que la requería para que pudiera ser aplicable lo prevenido por la misma y que, de consiguiente, variado aquel principio en cuanto al régimen estatuído por su art. 17 (art. 2.295 del Proyecto), era preciso también rectificar, en este punto, lo prevenido acerca de la prescripción que no requiera justo título.

Y era esto tanto más indispensable cuanto que, si se

examina atentamente la referida disposición del art. 35, que sienta la doctrina de que la prescripción que no requiera justo título perjudicará á tercero si se halla inscrita la posesión que ha de producirla, se ve que, ó carece de sentido semejante disposición, ó equivale á decir que la inscripción de la posesión será bastante, cuando llegue á convalidarse por la prescripción, para desvirtuar cualquier derecho modificativo ó limitativo del dominio, derivado, por consiguiente, del verdadero dueño, si ha sido inscrito en el tiempo intermedio entre la inscripción de la posesión y el momento de la prescripción, ó lo que es lo mismo, si ha sido inscrito cuando ya la referida posesión estuviese inscrita en el Registro.

Esta doctrina, que revela desde luego, como decía, la posible simultaneidad de las inscripciones dominicales y posesorias, puesto que no obstante estar inscrita la posesión reconoce la posibilidad de inscribir derechos reales limitativos ó modificativos del dominio, que necesitan para ello que siga viva y eficaz en el Registro la inscripción dominical, envuelve propiamente un principio, no sólo peligroso, sino abiertamente contrario á la realidad, como si el Registro hubiera de servir para informar el derecho de propiedad en ficciones ó situaciones imaginarias, toda vez que equivale á declarar que la adquisición del dominio por prescripción lleva consigo la adquisición de la finca absolutamente libre, y, por tanto, caducando ó haciendo desaparecer cuantos derechos reales modificativos ó limitativos haya establecido el verdadero dueño después de haber perdido la posesión, pero mientras conservó el dominio inscrito por no haber prescrito aún en favor del poseedor.

Ahora bien: semejante declaración equivaldría á suponer que el que posee á título de dueño, para prescribir el dominio, es á su vez poseedor de los derechos limitativos ó modificativos para adquirirlos igualmente con la ad-

quisición de aquél; y desde luego se ve que esta suposición ó hipótesis, que estaría fundada en un criterio verdaderamente arbitrario, por no poderse poseer sin confusión de derechos por una misma persona el dominio y sus limitaciones ó modificaciones, implicaría á su vez el absurdo de que éstas existieran cuando todavía no habían sido establecidas por el verdadero dueño, ó de que, con ocasión de la prescripción del dominio, pudieran prescribirse por menos tiempo del necesario para la prescripción de cada una de ellas.

A buen seguro que ninguna de estas suposiciones podrá encontrar apoyo en alguna disposición de nuestra legislación antigua ó moderna. Serían sólo fruto del deseo de explicar de algún modo el efecto atribuído á la inscripción de posesión, sobre la referida base de la simultaneidad entre las inscripciones dominicales y las posesorias; pues es sabido que una vez constituído un derecho real limitativo ó modificativo del dominio, ó es necesario poseerlo singularmente para adquirirlo por prescripción, ó es forzoso que la prescripción por el no uso tenga lugar para que desaparezca, pudiendo, además, añadirse que éste es precisamente el medio de consolidarse con el dominio, toda vez que, en realidad, el dueño no es, ni puede ser, el poseedor de un derecho real limitativo ó restrictivo de su propio y exclusivo dominio.

Pues bien, en estos casos, ni el poseedor del inmueble para prescribir el dominio sería poseedor del derecho real limitativo, ni éste, habiendo sido inscrito con posterioridad á la posesión, habría desaparecido por falta de uso durante el tiempo señalado para poder ejercitarlo, ó lo que es lo mismo, para la prescripción de su respectiva acción.

Así, pues, la libertad absoluta de la finca como secuela forzosa de la prescripción del dominio en favor del poseedor, aunque sea sustentándola como efecto de la pose-

sión inscrita, sería necesariamente, no sólo una novedad, sino además el establecimiento de una doctrina jurídica absurda y cimentada sobre hipótesis contradichas por los hechos; y he aquí por qué indicaba que todo esto, á que sólo se llega por admitir la simultaneidad entre las inscripciones dominicales y las inscripciones posesorias, demostraba una vez más la necesidad de modificar la ley, á fin de hacer cesar definitivamente semejante simultaneidad, que tan ocasionada es á las referidas situaciones jurídicas, tan contradictorias é infundadas.

En efecto, si la inscripción dominical posterior á la posesoria desvirtúa á ésta en el Registro, nunca podrá ya servir de base para perjudicar á los derechos de tercero adquiridos del verdadero dueño; y si, por el contrario, la inscripción posesoria pudiera, por cualquiera circunstancia, desvirtuar ó hacer cesar los efectos de una inscripción dominical, nunca cabría tampoco que después de dicha inscripción pudieran inscribirse derechos limitativos ó modificativos del dominio, y originarse, de consiguiente, en favor de tercero, derecho alguno capaz de ser perjudicado por la referida posesión.

La exclusión, de consiguiente, entre las inscripciones dominicales y posesorias, resolviendo en unos casos y evitando en otros las indicadas anomalías que acabo de señalar, como consecuencia posible de su simultaneidad. sobre los derechos de tercero adquiridos é inscritos con posterioridad á la inscripción de posesión, pero con anterioridad al momento de la prescripción de la finca ó inmueble poseído, solventa siempre toda dificultad en razón de la lógica aplicación de los principios de derecho y requiere, por lo mismo, que una vez traducido en principio positivo mediante la referida modificación ó reforma del art. 17 de la ley, se haga igualmente, en lo que á la prescripción se refiere, la consiguiente reforma ó modificación del art. 35 de la misma (art. 2.319 del Proyecto).

Lo raro es que esto no se haya hecho ya cuando tuvo lugar la redacción de la ley Hipotecaria para Ultramar, ni se intentara tampoco en el Proyecto de ley que aprobó el Senado, en cuyo cuerpo legal y ulteriores trabajos legislativos se transportó el art. 35 de la ley Hipotecaria, tal cual está redactada para la Península, á pesar de haberse modificado el art. 17 en el expresado sentido de la incompatibilidad entre las inscripciones posesorias y las dominicales, tratándose de un mismo inmueble, para unificar de esta suerte la fuente de cualquier derecho real que se estableciera en favor de tercero, ya tuviera por fundamento la propiedad verdadera (el dominio), ya la propiedad presunta (la posesión).

Sin duda entonces no se fijó lo bastante la atención en la trascendencia que para los efectos de las inscripciones de posesión, y de consiguiente para la prescripción, cuyo caso, como título de adquisición, había de producir necesariamente la referida incompatibilidad, porque es seguro que de haber atendido á la imposibilidad de inscribir que dicha incompatibilidad lleva consigo, ó de que aparezca en el Registro de inscripcjones de propiedad referentes á derechos reales modificativos ó limitativos del dominio con posterioridad á la inscripción de posesión, se habría comprendido la imposibilidad también de tener aplicación lo prevenido en dicho párrafo 1.° del artículo 35, y en su consecuencia la necesidad de proceder á su reforma ó modificación.

No se crea, sin embargo, que pueda salvarse el referido inconveniente á pretexto de que, después de todo, el que adquiera é inscriba un derecho restrictivo ó limitativo del dominio estando ya inscrita la posesión en el Registro á favor de persona distinta del dueño, teniendo como tiene conocimiento de la inscripción de la posesión, debe tenerlo también de que el dueño que constituye el derecho real no posee ya, y es, por tanto, precario el dominio de

que disfruta y en razón del cual constituya el derecho real limitativo ó restrictivo.

Este criterio sólo serviría para evitar que el tercero interesado en el derecho real pudiera alegar ignorancia de la posesión. Pero lo esencial en este punto no consiste en la buena ó mala fe con que se constituya el derecho real y, por lo mismo, en el conocimiento ó ignorancia que tenga el interesado en este derecho real, de la posesión de que esté privado el dueño: lo capital respecto de este particuiar estriba en que la posesión en ningún caso, aun cuando está inscrita, convierte en precario el derecho del verdadero dueño, cuyo derecho dominical sigue siendo pleno y perfecto, así como enteramente independiente de los hechos posesorios, y por lo que mientras el dueño sigue siendo dueño, por no haber perdido su derecho ni haberlo adquirido otro, el (poseedor), está plenamente facultado para disponer de cuantas utilidades y aprovechamientos correspondan al dominio del inmueble, así como cualquiera que con él trate está en perfectas condiciones para adquirir legalmente la utilidad que le transmita, puesto que precisamente el hacerlo equivale á una protexta del mismo dueño contra la posesión de persona diferente, de igual manera que lo sería la reclamación del dueño contra el poseedor, para hacer cesar en forma judicial la pcsesión que éste tuviese.

Al fin, y en esto se funda indudablemente el último párrafo del art. 35, el verdadero dueño, ó el dueño legítimo, según le llama dicho artículo, ya siga siendo la misma ó sea distinta la persona desde que se inicie la posesión, y mientras ésta dure, hasta completar el tiempo de la prescripción, no sólo resulta por la posesión privado materialmente del ejercicio posesorio con que el dominio debe darse á conocer, sino que se halla en posibilidad de ejercitar la acción correspondiente para impedir al poseedor la continuación de su derecho posesorio. Pero tratándose

de un tercero como sucede, por ejemplo, con el acreedor hipotecario en quien no concurre ninguna de dichas circunstancias, ni está, por lo mismo, asistido de acción eficaz para poner término á la posesión, pues lejos de ello su derecho debe subsistir con entera independencia de quien sea la persona del poseedor, no hay términos hábiles, sin verdadera injusticia, para suponer que deba quedar desvirtuado por derecho real por la sola circunstancia de que al constituirlo legítimamente con el dueño, tuviera ó pudiera tener, mediante el Registro, conocimiento de la posesión en que estuviera otra persona distinta.

A lo que debe aspirarse, si se trata de evitar estas contraposiciones de derecho, es á que, cuando el que desee constituir un derecho real cualquiera, entendiéndose para ello con el legítimo dueño, se encuentre en el Registro con la posesión inscrita á favor de otra persona, la ley le impida, si no precisamente constituirlo, sí al menos inscribirlo en el Registro; porque sólo así es seguro que comprenderá forzosamente la imposibilidad de entenderse exclusivamente con el dueño y se colocará á éste en la necesidad de reclamar contra la posesión antes de disponer de cualquiera utilidad del dominio.

Pues bien, este medio consiste en impedir la simultaneidad de las inscripciones posesorias con las dominicales, toda vez que manteniendo con firmeza la incompatibilidad entre unas y otras, ni cabrá que con posterioridad á una inscripción de posesión puedan inscribirse derechos de propiedad que no deriven de la persona del poseedor, ni que aquélla perjudique á tercero cuyo derecho deriva de la persona del dueño.

He aquí los fundamentos de la reforma que he introducido por el art. 2319 (del Proyecto), sobre cuyo contenido nada tengo que añadir á lo que ya dejo manifestado, cuando su clara redacción revela desde luego el respectivo alcance y trascendencia de las disposiciones que contiene.

SECCIÓN DUODÉCIMA

De algunas modificaciones sobre varios otros artículos de la ley Hipotecaria.

Lo mismo puedo manifestar respecto de otras varias modificaciones introducidas en algunos artículos de la ley Hipotecaria, como por ejemplo, tratándose de los censos, de las condiciones del título gratuito en los actos ó contratos á que puedan afectar las acciones rescisorias, de las circunstancias que con motivo del ejercicio de estas acciones pueden calificar también la complicidad del tercero ó del poseedor del inmueble, y, en fin, del alcance del juicio de liberación á que se refieren los artículos 365 y siguientes de la ley Hipotecaria (2.417 y siguientes del Proyecto), pues en los reducidos límites de estas observaciones no he de entrar, como ya he dicho, en un examen comparativo entre los artículos correspondientes de la referida ley y del Proyecto que acompaño.

Lo que la ley Hipotecaria comprendía respecto á sus articulos 150, 151 y 152, ha pasado, como era natural, á las disposiciones que en el Proyecto regulan la institución de los censos, bien que con las modificaciones consiguientes á la naturaleza común de todos éstos, que son, ante todo, aun en sus diversas manifestaciones ó especies, verdaderos derechos de propiedad directamente establecidos sobre los inmuebles respectivos, y no simples derechos de garantía ó seguridad que afectan, en forma indirecta ó accesoria, á los inmuebles sobre que recaen.

Mas al hacer dicha inclusión en las disposiciones reguladoras de los censos he mantenido la doctrina relativa á las situaciones de que se ocupan los artículos 151 y 152, por entender que, aunque algunos han considerado que éstos resultaban derogados por los artículos 1.624 y 1.625 del Código, no podría parecer fundada semejante derogación desde el momento en que es distinta la materia sobre que versan estos últimos artículos y los anteriormente

mencionados de la ley Hipotecaria, bastando á mi juicio semejante diversidad para que, á falta de disposiciones concretas en el Código Civil sobre los puntos á que se refieren dichos artículos 151 y 152 de la ley Hipotecaria, deba considerarse á éstos subsistentes, sobre todo por la declaración acerca de la vigencia de dicha ley que contiene el mismo Código, y en cuya virtud resultan más bien complementarios del desenvolvimiento que la referida institución de los censos tiene en dicho cuerpo general de nuestra legislación civil.

Y por lo que se refiere á los efectos de las acciones rescisorias relativamente á tercero, ya en consideración á la naturaleza del título en que éste funde su derecho, ya en atención á la complicidad que en caso de fraude puede serle atribuída, he procurado igualmente calificar las condiciones del título gratuito independientemente de la naturaleza de la relación jurídica que lo motive, y aun de las circunstancias que, como por ejemplo el fraude, pueden viciarla en su orgien, para quitar de esta suerte todo caracter casuístico á la determinación y calificación de dicha clase de títulos, aun cuando sea con ocasión de señalar sus efectos con relación á tercero y para lo cual, aclarando en lo necesario el contenido del art. 39 de la ley Hipotecaria, completa sus disposiciones en el art. 2.322 del Proyecto el último párrafo del art. 40 de dicha ley, que es más bien parte integrante de la materia jurídica sobre que versa el mencionado art. 39.

Como aclaración también de lo prevenido en el art. 41 de esta ley pueden considerarse las modificaciones que comprende, acerca del mismo artículo, el 2.324 del Proyecto que acompaño, ya en sus referencias á la complicidad del tercero y no simplemente del poseedor del inmueble, ya en la manera de computar la adquisición del mismo por la mitad ó menos de la mitad del justo precio, siempre que se verifique por causa onerosa la enaje-

nación fraudulenta que motive la acción rescisoria de que se trate.

Siendo dicho precepto legal complemento de la doctrina general establecida en el art. 37 de la ley (2.321 del Proyecto), no sólo conviene, para evitar torcidas interpretaciones, procurar la debida uniformidad de lenguaje entre una y otra disposición legal, sobre todo tratándose del tercero á quien puede afectar alguna acción rescisoria, y no simplemente del poseedor del inmueble respectivo, sino que es preferible que dicha disposición se refiera resueltamente al tercero, toda vez que en esta calificación viene igualmente comprendida la del poseedor del inmueble, cuando reúne semejante circunstancia, y no se corre el riesgo de que se entienda la disposición circunscrita al poseedor que sea á su vez adquirente inmediato ú otorgante de la enajenación fraudulenta, teniendo en cuenta que al tercero, y no simplemente al poseedor, se referiría la ley, como se refiere el citado art. 37, si ha de regular, como inmediatamente se propuso, las condiciones ó circunstancias que llevan consigo complicidad en el tercero. De otro modo podría creerse que la ley no ha desenvuelto, respecto al tercero, las condiciones de su complicidad y que no había términos hábiles para aplicarle dichas disposiciones, cuando á su condición de poseedor, única á que se refiere la ley, reuniese también la condición de tercero, á la cual dicho precepto no hace expresa referencia

Pero ya decía igualmente que, aparte de la expresada circunstancia, encaminada tan sólo á procurar la conveniente uniformidad ó armonía entre las citadas disposiciones de la ley Hipotecaria, interesaba también un efecto notoriamente práctico, para estimar la complicidad en consideración al precio por el cual se haya verificado la adquisición del inmueble ó derecho real, cuando por causa onerosa haya tenido lugar la enajenación fraudulenta que motive la reclamación de rescisión.

Después de todo, el precepto, ya sea considerado en los términos de la ley Hipotecaria, ya en los contenidos en el núm. 2.° del art. 2.324 del Proyecto, es enteramente el mismo; pero en cambio, el efecto práctico es notoriamente distinto.

La necesidad de fijar el justo precio como término comparativo para señalar, en su caso, la condición de complicidad, exige necesariamente una especie de juicio, y es ocasionado, por lo mismo, á cuestiones y dificultades que pueden dilatar, y, lo que es peor, confundir la recta determinación de una materia tan voluble como es la verdadera estimación ó precio de alguna cosa.

Por esto he creído que hasta este extremo sólo debe acudirse en caso de absoluta necesidad, ó sea cuando falte término comparativo á causa de haberse realizado en forma gratuita la enajenación fraudulenta. Así es que, cuando ésta haya tenido lugar por causa onerosa, se ofrece desde luego un medio, en la propia enajenación, para no tener que acudir á investigaciones relativas al precio de la cosa, que sobre poder en muchos casos pecar de inexactitud, han de ser siempre perjudiciales para el que con buena fe haya intervenido en la adquisición posterior.

El solo hecho de verificarse esta última por el duplo del precio que haya servido para una enajenación anterior, es motivo suficiente para despertar la atención acerca de la legitimidad de las transferencias anteriores, al que se interese en cualquiera adquisición de inmuebles; y aunque pudiera suponerse que la confabulación del que enajena con el que adquiere bastaría para desvirtuar el efecto del precepto legal á que me refiero, fijando en la enajenación fraudulenta un precio exorbitante, precisamente para poner á cubierto las enajenaciones ulteriores, cualquiera que fuese el precio en que se realizaran, desde luego se ven las dificultades que esto no puede menos de

ofrecer, tanto para dar fe de la entrega del precio, como por el número de personas que intervienen en esta clase de actos; pues, al fin, aun cuando de tal suerte pudiera substraerse á la eficacia de la referida disposición alguna segunda ó tercera adquisición, siempre se daría la ventaja de no exponer á los adquirentes cuando por causa onerosa han tenido lugar las anteriores adquisiciones, á que puedan verse comprometidos, no sólo en sospecha, sino en calificación de complicidad, por la sola circunstancia de que, al verificar su adquisición, no hayan procurado inquirir cuál sea el verdadero y justo precio.

Se comprende que la ley reclame en cierto modo esta investigación cuando las adquisiciones posteriores tienen por precedente otras realizadas á título gratuito. Esta sola circunstancia puede infundir sospecha ó presunción de fraude (art. 1.297 del Código Civil) respecto á la rectitud con que hayan tenido lugar, y siempre deja sin término comparativo, en la serie de adquisiciones sucesivas, el valor ó precio por el cual se realice la enajenación de que se trate.

Es más: pues si bien se comprende que la ley Hipotecaria se fijara, como regla general, en el tipo de la mitad ó menos de la mitad del justo precio, que era, como es sabido, causa de rescisión con anterioridad al Código Civil, se comprende igualmente la necesidad de restringir esta doctrina, por lo menos tratándose de las enajenaciones á título oneroso, desde el momento que por el Código se ha prescindido de semejante causa para que por sí sola pueda determinar la rescisión de algún contrato (artículo 1.293). Y como además en el citado art. 2.324 del Proyecto, la referencia al tipo de adquisición en los contratos onerosos no se limita sólo al precio, sino que alcanza también al valor que hubiere mediado en la enajenación fraudulenta, se penetrará igualmente el deseo de evitar que se substraigan de dicha disposición los contratos que no

revistan los caracteres de la venta, fijando al efecto un precio determinado para su realización.

Por lo demás, las variaciones que se observan respecto á los expedientes de liberación no contienen en el fondo verdadera modificación ó reforma. Sirven principalmente para precisar la doctrina, deslindando desde luego lo que puede ser materia de dicha especie de juicios, de lo que no puede serlo; separando, en una palabra, lo inscrito de lo no inscrito, á fin de que ya se traduzca éste último en cargas ó gravámenes de antiguo origen ó de simple referencia en las titulaciones respectivas, ó en causas más ó menos conocidas, susceptibles de dar lugar á acciones rescisorias ó resolutorias, se vea sólo en el expediente de liberación el medio de poner término á estos motivos de incertidumbre que no reconocen por base una verdadera inscripción ó especial asiento del Registro de la propiedad, toda vez que, cuando así sucede, la forma natural, lógica y legítima de hacer cesar sus efectos ha de consistir necesariamente en la correspondiente cancelación, preparándola y formalizándola con los requisitos al efecto establecidos en la propia ley Hipotecaria ó preceptos que, con referencia á la misma, se comprenden igualmente en el Proyecto que acompaño.

TÍTULO ADICIONAL II

De las obligaciones.

(Libro IV del Código, tít. I. — Sus tres primeros capítulos.)

Materia es esta que, por la referencia que acaba de hacerse al lugar que ocupa en el Código Civil, si bien resulta separada del contenido del libro II de que trata este volumen de la parte especial, reclama, no obstante, su naturaleza jurídica la debida incorporación al libro II de los cuatro en que se divide el mencionado cuerpo legal.

No es esto decir que entienda deba mantenerse esta división por la cual se comprenden en dos libros diferentes (el III y el IV) las instituciones no contenidas en los dos primeros libros.

De haberla considerado posible, no ya solamente para la recta inteligencia del Código, sino muy especialmente en atención al respectivo valor jurídico de las instituciones distintas de aquellas que caracterizan la *presonalidad* y la *utilidad* jurídica, no llevaría, ciertamente, á dicho libro II las observaciones relativas á la materia de las obligaciones.

Habríame limitado á exponer mi criterio y justificar sus ventajas, presentando por la estructura del Proyecto el orden de las instituciones que forman el cuadro del derecho civil; pero habría reservado para la exposición de

las observaciones correspondientes á los artículos contenidos en el Código el mismo orden con que resultan formulados.

Probablemente habría habido en esto menos unidad de exposición en cuanto á la materia. Mas la relativa al orden de las instituciones, según el Código, habría podido quizá estimarse que facilitaba de algún modo la comparación entre el mismo y el Proyecto.

Ya he dicho, sin embargo, al ocuparme de otro de los títulos adicionales (que no podía menos de incluirlo en el cuadro de las instituciones del libro II del Código Civil), que la circunstancia de no poder conservar la distribución que comprende el Código Civil en sus dos últimos libros, me vedaba propiamente el indicado propósito de no separar á las distintas instituciones del respectivo lugar que ocupan en el mismo Código, para esta exposición especial acerca de su contenido; como que ni aun me era posible mantener aquella división en que se cimenta la separación de dichos dos úlimos libros, que carece, á mi juicio, de verdadero fundamento y sólo cabe explicarla por el deseo de distribuir en dos volúmenes el conjunto de instituciones cuya agrupación respondía al motivo histórico de haberme acomodado al Proyecto de 1851, que, como es sabido, estaba inspirado en el sistema del Código francés.

Al fin en la materia de que se ocupan los dos primeros libros del Código Civil podía más fácilmente armonizarse la doctrina de ésta con la del Proyecto que acompaño.

Prescindiendo por el momento del diverso alcance que en uno y otro trabajo tiene el tratado de personas y el de bienes, alcance que, como queda indicado antes de ahora, depende del distinto sentido que preside en la determinación del asunto peculiar á cada uno de dichos tratados, muéstranse éstos, no obstante, lo mismo en el Código que en el Proyecto, como expresión de los elementos

sustantivos (actividad y utilidad) indispensables para la determinación del derecho, y por cuya respectiva separación justifican cumplidamente el que cada uno constituya el asunto de un libro especial.

De las personas, según el Código, y del sujeto del derecho civil, según el Proyecto; é igualmente de los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones, y del objeto del derecho civil, según el Proyecto, ocúpanse respectivamente los dos primeros libros del Código y el II y III del Proyecto, pues ya se ha visto también que el libro I de éste, dedicado á las fuentes del derecho civil, comprende á la diminuta expresión que tiene esta materia en el título preliminar de nuestro Código Civil.

Hay, de consiguiente, entre los dos primeros libros del Código y el II y III del Proyecto, verdadera correspondencia de materia jurídica, siquiera en su desarrollo y alcance respectivos aparezca notoria divergencia, por el diverso sentido que, según decía, preside en uno y otro trabajo acerca de cada uno de dichos dos elementos sustantivos, el sujeto y el objeto, necesarios para toda manifestación de derecho.

Pero en lo relativo á los dos últimos libros no aparece ya ni aun aquella correspondencia entre ellos y el IV del Proyecto.

Si al fin, como sucede en el Código francés y en el Proyecto de 1851, aparecieran reunidas en un solo tratado todas las demás instituciones, relativas á los hechos en cuya virtud se determinan las manifestaciones del derecho, todavía habría sido factible la comparación de semejante agrupación con el sistema ú orden bajo el cual se desenvuelve, en el libro IV del Proyecto, el tratado de los hechos del derecho ó relaciones jurídicas.

Aunque no hubiera aparecido en el Código este nombre, habría, sin embargo, resultado sustituído por el que, según es sabido, califican con la denominación de modos

de adquirir la propiedad así el Código francés como el Proyecto de 1851.

El Código Civil, no obstante, ha separado, en la forma, tan vasta materia. Es más, la dividió en dos libros, el III, denominado de los diferentes modos de adquirir la propiedad, y el IV, de las obligaciones y contratos.

Sin fijarme ahora en su contenido respectivo, sobre el cual he tenido ya necesidad de hacer varias observaciones al ocuparme de la estructura general del Código en comparación con el Proyecto que acompaño, es lo cierto que el legislador español ya no se atrevió, como los redactores del Proyecto de 1851, á calificar á las obligaciones y contratos de modos de adquirir la propiedad, ó á comprender al menos en el libro en que se agrupaban, bajo esta denominación, las diversas instituciones que hoy constituyen los citados libros III y IV de nuestro Código Civil.

No he de repetir ahora lo expuesto en su lugar oportuno acerca de la impropiedad que revelaba así el referido concepto ó epígrafe general del libro III del Proyecto de 1851, como las que acaban de designarse como expresión de las que respectivamente constituyen los enunciados de dichos libros III y IV de nuestro Código actual.

Pero desde luego se comprende que cuando en tan importante materia resultaban ya discordes el Proyecto de 1851 y el Código Civil, y que cuando uno y otro parecían huir de lo esencial en este elemento armónico de la vida del derecho, cual es la relación jurídica, para fijarse tan sólo en un detalle ó fenómeno circunstancial, como es la adquisición ó transmisión, etc., de la llamada propiedad, no sólo había de resultar mucho mayor la divergencia que al parecer presentara el contenido de aquellos dos libros en comparación con el tratado del hecho ó de la relación jurídica, según el Proyecto, sino que había de resultar igualmente la imposibilidad de que en la exposi-

ción del Código en esta parte especial pudieran tener cabida adecuada instituciones enteramente ajenas al criterio con que se desenvuelve el libro IV del Código en que vienen comprendidas.

Me refiero ahora á las obligaciones, como antes me he referido á los censos, é igualmente á la prenda, la hipoteca y el anticresis.

Del mismo modo que ninguna de estas cuatro últimas instituciones es expresión de algún hecho jurídico, pues todas ellas lo son de verdaderos estados de las cosas, estados cuyo origen puede ser debido lo mismo á hechos de contratación que á hechos distintos de ésta, y por lo cual ya queda manifestado el lugar que les corresponde, á diferencia del que es peculiar á las instituciones contractuales, de igual manera las obligaciones no pueden menos de ser eliminadas de esa agrupación arbitraria en que resulta informada la materia del libro IV de nuestro Código Civil, no siendo, como no son, ni hechos como los contratos, ni base forzosa para el tratado de los mismos, ni precedente siquiera que impida desenvolver la materia de la contratación separadamente de la que es privativa de las obligaciones.

Ya hube de indicar las causas ó, por mejor decir, los errores de concepto que sin duda contribuyeron á que, por no acertar á descubrir la verdadera naturaleza de la obligación, se la presentase como elemento intermedio ó punto de conexión ó enlace entre lo que se designa con el nombre de diferentes modos de adquirir la propiedad y los contratos.

Difícilmente podría darse una idea satisfactoria del valor jurídico de semejante conexión entre unas y otras instituciones.

Contra ella protestaría siempre el propio contenido del art. 609 del Código, según el cual si ciertos contratos (que ni aun se determinan) aparecen como llamados á

completar la materia de los diferentes modos de adquirir la propiedad, ni una palabra dedica á las obligaciones como elemento intermedio entre semejantes contratos y las demás instituciones calificadas de modos de adquirir.

Aunque este no sea el lugar más á propósito para inquirir los motivos de tan caprichosa ordenación del Código, conviene, no obstante, tener presente la referida impropiedad con que aparece como cabeza del libro IV el tratado de las obligaciones, porque no parece sino que son éstas una materia traída al Código sin precedente ni conexión alguna con las que resultan desenvueltas en sus libros anteriores. Y no digo lo mismo de los contratos, porque ya acabo de indicar que, por lo menos, muestra su conexión el citado art. 609 del Código.

Al fin, el libro III parece, por su enunciado, que desenvuelve los modos de adquirir la materia que es objeto del libro II; y al fin, el contenido de dicho art. 609 reserva también para los contratos, aunque con referencia sólo á algunos, la función de servir de elemento complementario de dichos modos de adquirir.

Pero en lo concerniente á las obligaciones, ni por los distintos epígrafes de los libros del Código, ni por artículo alguno dedicado á presentar la conexión entre las respectivas materias que desenvuelven, hay manera de ver justificada su colocación, que, como decía, figura al frente del libro IV como base para el tratado de contratos, y como consecuencia ó corolario del libro anterior, dedicado á tratar de los modos de adquirir la propiedad.

Por esto he creído que, aun cuando en la parte especial de este trabajo procuro atenerme preferentemente á la misma ordenación trazada por el Código, no podía seguir rigurosamente este propósito al formular la materia de las obligaciones, como no podía hacerlo tampoco al ocuparme de aquellas instituciones que como los censos, la pren-

da y el anticresis son enteramente ajenas al tratado de los hechos ó de las relaciones jurídicas.

Para haber procedido de otro modo me hubiera visto precisado á no poder dar la unidad necesaria al libro II del Código y á mantener la disgregación de materias que aparece en sus dos últimos libros.

Debiendo prescindir acerca de éstos de los enunciados que respectivamente tienen en el Código, para buscar su razón en la consideración de hechos jurídicos que tienen las distintas instituciones que constituyen su contenido, á fin de facilitar mediante esta unidad sintética de verdadera armonía y conexión entre todas ellas la ordenación adecuada que sirve de base al desenvolvimiento del libro IV del Proyecto, necesariamente había de eliminar de dichos dos últimos libros del Código las instituciones referidas, que nada tienen que ver con los hechos ó las relaciones y que, en cambio, son todas ellas expresión de verdaderos estados de la propiedad ó de la actividad comprometida.

Pues si á esto se agrega la posibilidad de ofrecer al propio tiempo la manera de completar la materia de que trata el libro II del Código, respondiendo á la necesidad de incluir en éste aquellas instituciones en que resulta deficiente, se penetrará fácilmente el motivo por el que he considerado que cabría dar más unidad á este trabajo y facilitar á su vez la mejor inteligencia en la comparación del Código y del Proyecto, llevando desde luego, aun cuando sea en forma de títulos adicionales, al libro II del nuevo Cuerpo legal aquellos que huelgan enteramente en los demás libros del Código, no obstante tener íntima relación con la materia sobre que versa el mencionado libro II.

¿Qué importa que el Código Civil encabece dicho libro II diciendo que lo dedica á informar el tratado de los bienes, si al fin sólo comprende en semejante enunciado el de la propiedad y sus modificaciones?

¿Es que cree que la propiedad es cosa enteramente distinta de los bienes y que, por tanto, lejos de desenvolver el libro II un asunto, como el de los bienes en sus diversas fases, la material y la jurídica, ha de presentar sólo su agrupación, cual si entre lo uno y lo otro no existiera fundamentalmente verdadera unidad de doctrina?

Ya he dicho antes de ahora que la falta de un criterio fijo acerca de semejante problema, que revela á simple vista la sola lectura del enunciado general del libro II del Código, ha traído, como consecuencia, confundir los bienes con las cosas, confundir la propiedad con el dominio y reducir, sobre la base de semejante confusión, el tratado del objeto á la clasificación de las cosas y á la institución de la propiedad.

De aquí ha resultado, como no podía menos de suceder, que no se descubriera lugar adecuado para las obligaciones, y que, en la necesidad de tratarlas en algún sitio del Código, se escogitara el medio de intercalarlas entre los llamados modos de adquirir la propiedad y las instituciones designadas con el nombre de contratos.

Por esto he creído que, en la necesidad de desenvolver la doctrina de los bienes sin limitarla al concepto de las cosas, aunque fuera con ocasión de tratar del articulado del Código en la parte especial de este Proyecto, no podía menos de corresponder á semejante extensión en el concepto de bienes, ocupándome á su vez de la materia de las obligaciones, que es, á semejanza de la propiedad respecto á las cosas, la relativa al valor jurídico de aquellos bienes que no consisten en cosas.

Después de todo, la inclusión de las obligaciones en el libro II facilita, con la inclusión también de las instituciones anteriormente referidas relativas al anticresis, á los censos, á la hipoteca y á la prenda, la reunión en un solo volumen ó cuerpo de doctrina, el libro destinado á regular la de los bienes de las distintas materias que el

Código comprende acerca de esta importantísima esfera (la del objeto) de la legislación civil.

Se dirá, tal vez, que para presentarla con absoluta unidad habría sido preferible dejar de tratar, en la parte especial, de las instituciones que, como la accesión y la posesión, se reputan en el Proyecto correspondientes á la esfera de los hechos ó de las relaciones jurídicas; pero es de advertir que en este caso habría sido indispensable truncar la ordenación del articulado que aparece en el Código, para volver á ocuparse de dicho libro II, en lo referente á aquellas dos instituciones, en la Parte especial dedicada á los dos últimos libros de dicho cuerpo legal.

Evitar en algún límite esta reversión ó retroceso, así como la consiguiente intercalación de materias, separadas por libros distintos, al señalar la correspondiente á cada uno de ellos, ha sido el propósito que me ha guiado para mantener ante todo, en su integridad, el contenido del libro II del Código y truncar más bien, respecto á los dos restantes, lo que interesa á las mencionadas instituciones referentes al derecho de propiedad y á la materia de las obligaciones.

De este modo se consigue no alterar apenas el orden trazado en el citado libro II para su exposición en la Parte especial; mostrar á su vez el complemento de lo que éste debe abarcar, para que, con la eliminación de dichas dos instituciones, referentes á los hechos ó relaciones jurídicas, aparezca desde luego el contenido de lo que debe comprender; y, por último, dejar lo restante del Código, ó sea sus libros III y IV, como expresión de las distintas materias que, si bien mediante ordenación distinta de la que tienen en el Código, han de informar el contenido del libro destinado á tratar de los hechos ó relaciones jurídicas, que es precisamente el último de los elementos que, sobre la base de las personas y de los bienes, contribuye á informar las manifestaciones del derecho privado.

Sentadas de esta suerte, así la conveniencia, por no llamar necesidad, de tratar de las obligaciones en esta Parte especial, como el lugar en que corresponde hacerlo, ó sea al final del mencionado libro II, en forma de título adicional á los varios títulos que el mismo comprende, y rectificado de esta manera el enunciado general de dicho libro, cual si fuera su denominación "De los bienes, de la propiedad y sus modificaciones, y de las obligaciones", mostrando en el primero de dichos tres términos el elemento sustantivo de la utilidad en el derecho, y por los dos últimos (la propiedad y las obligaciones) el elemento formal ó jurídico de semejante utilidad, pasaré ya á ocuparme de lo establecido en el Código acerca de las obligaciones, constituyendo, como constituye, el asunto de esta Parte especial sólo el examen de lo prevenido en el Código respecto á las instituciones que regula en comparación con el criterio que acerca de las mismas se desenvuelve en el Proyecto.

Por esto, aunque el Código comprende en el título I de su libro IV, no sólo los tres primeros capítulos referentes á la materia peculiar de la *actividad comprometida,* que es la verdaderamente exclusiva de las obligaciones, sino también los capítulos IV y V, en que trata de la extinción y de la prueba de las obligaciones, únicamente presento, como adición al libro II, los citados tres primeros capítulos del mencionado título; pues el cuarto tiene ya su lugar oportuno, como expresión de los hechos jurídicos por los cuales las obligaciones se extinguen, y en cuyo concepto, lejos de ser materia relativa á los bienes ó del tratado del libro II del Código, lo es de las relaciones á las cuales corresponden la mayor parte de las instituciones contenidas en los libros III y IV del mismo Código; y el capítulo V, ó sea de la prueba de las obligaciones, es, como su propio nombre indica, asunto de justificación que, como todo lo demás que abarca el Código relativo á

las pruebas, ha de formar parte del libro destinado á comprender sus múltiples medios de manifestación.

La obligación como estado de la actividad, en forma de sujeción, no tiene en el Código mayor alcance en su doctrina general que el de dichos tres primeros capítulos del primer título del libro IV.

Los otros dos capítulos son materia que, aunque relativa á las obligaciones, no es exclusiva ó peculiar de éstas, según su propia naturaleza jurídica, sino privativa de los hechos ó relaciones, así en su determinación (la extinción de las obligaciones, capítulo IV), como en su justificación (la prueba de las obligaciones, capítulo V), y por cuyas circunstancias se ve claramente en el Proyecto que acompaño que son asuntos cuyo lugar adecuado en el orden de las instituciones interesa únicamente á los libros IV y V del mismo Proyecto.

Pasando, pues, á tratar de lo que respecto á las obligaciones contiene el Código acerca de la materia de su libro II, ó sea de los bienes, se ve ante todo que aun cuando en el fondo exista, como no puede menos de existir, íntima relación entre el contenido de dichos tres capítulos del Código y el del título II (libro III) que al derecho de las obligaciones dedica el Proyecto que acompaño, hay, sin embargo, en lo referente á su alcance é igualmente en lo relativo á su forma de ordenación, notoria diferencia entre el Código y mi Proyecto.

La materia que entre ellos aparece tratada de un modo más análogo es la relativa á la clasificación de las obligaciones, pues la distinción es mucho más marcada en lo que interesa á la naturaleza de la obligación y á sus respectivas fuentes.

El Proyecto dedica un capítulo distinto á cada uno de estos dos particulares, á saber: el I y III de dicho título II.

Algo parecido hace igualmente el Código si se consi-

dera el contenido de su capítulo I, que denomina: "Disposiciones generales"; y el enunciado de su capítulo II, que lo designa con el nombre "De la naturaleza y efecto de las obligaciones".

Este último es, quizás, el tratado en que la diversidad es mayor entre el Proyecto y el Código; como que en éste se agrupa, con lo que comprende acerca del verdadero asunto de su epígrafe, una rama de la clasificación de las obligaciones, ó sea la que es consecuencia de la diversidad del acto en que la obligación consiste (dar, hacer ú omitir).

CAPÍTULO I

Disposiciones generales.

Con este nombre trata el Código de dos particulares importantes en la materia de las obligaciones, á saber: Lo que podría llamarse el "concepto" de la obligación y lo que constituye el origen ó las "fuentes" de las obligaciones.

Dedica el Código á lo primero el art. 1.088 y comprende en el contenido de lo segundo los restantes artículos hasta el 1.093, para señalar por ellos el régimen respectivo de cada una de dichas fuentes.

Artículo 1.088. — A este artículo puede decirse que se reduce el concepto de la obligación; y digo puede decirse, porque en realidad el Código ha procurado omitirlo.

Sólo así se comprende, según he tenido necesidad de hacer notar en varias ocasiones, que el Código no haya acertado á describir la naturaleza de la obligación ni á señalar, como es consiguiente, el lugar adecuado para ocuparse de ella.

La obligación consiste, según el Código, en dar, hacer, ó no hacer; es decir, en un hecho jurídico; y he aquí, como

es natural, que bajo semejante criterio, análogo al de la mayor parte de las legislaciones modernas, se haya sentido inclinado, de igual manera que éstas, á mirar á la obligación como una relación, en lugar de verla como un estado de la actividad sometida á un fin ajeno, y por cuya sumisión ó dependencia no puede menos de revestir el carácter peculiar de los bienes ó medios de acción indispensables para el cumplimiento de los fines en el derecho.

Por no fijarse en que lo esencial, tratándose de la obligación, radica en la necesidad de hacer ó dejar de hacer, se ha podido incurrir en el error de calificar á la obligación como hecho, diciendo que consiste en dar, hacer ó no hacer; y ha podido doblemente incurrirse en este error por no haber tampoco el Código trazado de ningún modo el concepto de la relación jurídica, puesto que si lo hubiera hecho habría comprendido que sólo en los hechos caben las relaciones, y que no son ni pueden ser materia de estas últimas aquellos que no consisten realmente en verdaderos hechos ó sucesos, sino sólo en efectos ó consecuencias, aunque sean necesarias, de los mismos.

La obligación podrá ser derivada de algún hecho. Es más, tiene forzosamente que serlo; pero ella en sí misma no es ni puede ser el hecho que la produce, sino sólo un resultado que en consideración á aquél sobreviene en la esfera del derecho.

En este punto la obligación presenta, respecto á la actividad sometida, condición análoga, si no idéntica, á la que ofrece el derecho real relativamente á las cosas en que se cifra su respectiva utilidad.

Así como éste expresa la manera de utilizar las cosas, y desde este punto de vista traza el sistema de la propiedad como una de las grandes manifestaciones de las utilidades jurídicas, la obligación, por su parte, señala también la manera de utilizar la cooperación de las personas en los fines de los demás, trazando al efecto las distintas

formas ó moldes que puede revestir la utilidad comprometida, ó en que ha de consistir la responsabilidad civil.

Por esto, del mismo modo que toda manifestación de la propiedad constituye la utilidad de un verdadero derecho real, como expresión de la facultad ó acción directa de la persona sobre la cosa, de la misma manera toda forma de obligación, ó manifestación de responsabilidad, constituye el elemento útil de algún derecho personal ó de alguna facultad ó acción de una persona respecto de otra persona.

Hay en este punto, en razón del elemento útil, que presta verdadero interés á cada una de las relaciones de derecho, una notoria analogía entre las funciones de la propiedad y las de la obligación, siendo como son ambas correlativas de los respectivos derechos, reales unos, personales otros, que, como ya dejo indicado, constituyen el efecto ó resultado de las relaciones jurídicas, sin que por esto pueda decirse que cada uno de dichos derechos sean los hechos originarios de la relación.

Dicho queda á este propósito, al señalar en la Parte general las notas características del hecho, de la relación y del título de derecho producido por la misma, que aunque éste, ya sea real ó personal, integre propiamente la misma relación en sus efectos, no puede confundirse con ella en su determinación, ó sea en la manifestación del hecho que la origina, pues precisamente la función del título consiste en perpetuar aquella situación ó estado creado por la relación en el momento de su determinación.

Si pues no puede confundirse con el hecho origen de una relación el derecho en que se condensa el resultado de la misma, menos aún cabe confundir con aquel hecho la utilidad jurídica de ese mismo hecho, ya esté representada por una forma de propiedad, ya lo esté por una forma de responsabilidad, ó sea alguna obligación.

La obligación, pues, no consiste en dar, hacer ó no ha-

cer. Consiste en la necesidad de proceder mediante alguno de estos actos y con las demás condiciones relativas á la persona responsable y á la manera de hacer efectiva su responsabilidad; categorías todas que son precisamente las que constituyen las tres primeras secciones que informan la clasificación de las obligaciones consideradas en sí mismas, según aparece en el capítulo II, título II, libro III del Proyecto.

Si el Código se hubiera fijado en dicha necesidad como expresión del verdadero valor jurídico de la obligación, ni habría dado pie para que ésta se tomara como sinónima de relación jurídica, pues lejos de ello habría visto en esta última el fundamento indispensable para el origen de cualquiera obligación, significándola por lo tanto como fuente de las obligaciones y no como manifestación de las mismas, ni habría tampoco circunscrito la materia correspondiente á la naturaleza de las obligaciones en la clasificación que constituyen las de dar, hacer ó no hacer, porque al fin habría visto que esta variante, en razón del hecho ó acto mediante el cual la obligación ha de ser cumplida, no es más que uno de los tres elementos que forzosamente han de condicionar el cumplimiento de toda obligación, á saber: el del sujeto obligado, cuyas múltiples combinaciones motivan la clasificación de las obligaciones, según sean éstas individuales ó colectivas, y estas últimas mancomunadas ó solidarias; el del acto preciso para dicho cumplimiento, cuyas variantes constituyen las obligaciones de entregar, prestar servicios ú omitir, y el del modo como ha de realizarse, para su cumplimiento, la conjunción indispensable entre el sujeto y el acto, modo cuyos diversos matices dan lugar á las clases de obligaciones puras, condicionales, á plazo, determinadas, indeterminadas, etc., etc., ó sea las múltiples que comprende la sección tercera del mencionado capítulo II, título II, libro III del Proyecto.

Si como dice el Código toda obligación consistiera en dar, hacer ú omitir, sería realmente exacto que esta diversa categoría, lejos de constituir una clasificación de las obligaciones, sería asunto exclusivo de la naturaleza ó esencia de las mismas, según así lo presenta el capítulo II del título I, libro IV del Código Civil.

Pero demasiado se comprende que dicha triple manifestación no puede ser elemento esencial ó fundamental para dar á conocer la unidad de naturaleza de una institución cualquiera.

La variedad interesa siempre á la clasificación, así como la unidad conduce á fijar la naturaleza; y por esto, para señalar en qué consiste una cosa, será siempre expuesto á error tratar de resolverlo por la diversidad de manifestaciones que que pueda llegar á revestir.

Así, pues, aunque toda obligación haya de hacerse efectiva dando algo, haciendo algo ó dejando de hacerlo; aun cuando estas notas, como todas las demás que interesan al sujeto que ha de cumplirla ó al modo que señale como ha de ser cumplido, afecten notoriamente á lo relalivo á su cumplimiento, no por esto puede decirse que la obligación consista en aquellos actos, subvirtiendo de esta suerte el verdadero valor jurídico de la obligación, que es precisamente servir de medio ó condición para la realización de algún fin ajeno.

La obligación, de consiguiente, no puede ser tomada en ningún caso como sinónima de relación jurídica.

El mismo Código no puede menos de reconocerlo á renglón seguido cuando, aunque sea en forma casuística, traza en el artículo siguiente lo que califica como origen de las obligaciones, dando á entender que los contratos y cuasicontratos, los delitos y cuasidelitos, así como la ley, en términos generales, son los elementos de donde nacen las obligaciones, lo cual equivale á decir que la obligación no es, ni consiste en un hecho, porque si así fuera,

lejos de derivar del contrato, del cuasicontrato, etc., etc., la obligación constituiría como éstos una relación jurídica distinta de los mismos, á saber, la del hecho especial de su determinación.

Cuando el Código, por tanto, reconoce que la obligación nace del contrato, del cuasicontrato, etc., indica claramente que la obligación, de igual suerte que los derechos personales, es y no puede menos de ser un resultado ó efecto de las relaciones jurídicas, mas de ningún modo una verdadera relación; es decir, que la obligación no es un título de derecho, sino sólo un medio de conseguir la eficacia del mismo.

Artículo 1.089. — Es este el primero de los artículos que el Código dedica á las fuentes de las obligaciones. Puede decirse que por él exclusivamente traza la clasificación de dichas fuentes.

Pero á poco que se medite acerca de su contenido, se observa desde luego la deficiencia con que, aun en este punto, se presenta por el Código la indicada materia.

Aquel error de concepto, señalado con ocasión del artículo anterior, se refleja de igual manera en el artículo de que me ocupo.

No parece sino que la obligación puede hacerse sin hecho alguno que la motive.

La sola manifestación de que las obligaciones nacen de la ley, parece darlo así á entender.

Todavía cabe pensar en la necesidad del hecho para el origen de las obligaciones en los demás términos de dicho artículo 1.089, por los cuales se dice que las obligaciones nacen de los contratos y cuasicontratos y de los actos y omisiones ilícitos ó en que intervenga cualquier género de culpa ó negligencia.

En todos estos orígenes de las obligaciones se descubre fácilmente la necesidad del hecho jurídico ó del acto ó de la omisión, pero no ciertamente en aquella primera afir-

mación por la que parece que la sola declaración de la ley, independientemente de todo hecho característico de alguna relación jurídica, es fuente cierta de las obligaciones.

Ni en esto se ve la función de la ley ante los hechos del derecho, ni la función de la relación en las aplicaciones de la ley.

Lo único que se descubre es una subversión de sentido, porque á buen seguro que los redactores del Código no expresaron lo que querían decir al consignar que de la ley nacen las obligaciones, pues ellos indudablemente se propusieron manifestar, con la referida expresión, que las obligaciones nacen de los hechos, aun cuando éstos sean regulados exclusivamente por la ley.

Y digo esto, porque si el Código presentara como base forzosa para toda relación la determinación de algún hecho jurídico, en lugar de señalar, según se hace en el artículo anterior (el 1.088), á la obligación como expresión de algunos de estos hechos, habría penetrado desde luego la necesidad de comprender entre las fuentes de las obligaciones á todas las relaciones jurídicas cuyo efecto no consista únicamente en constituir el título de algún derecho real.

Bien puede afirmarse, sin temor de incurrir en error, que toda relación jurídica, ya resulte regida exclusivamente por la ley ó también mediante manifestación de voluntad de los interesados en ella, está llamada á producir derecho real ó derecho personal; y claro es que ante esta consecuencia, á excepción de aquéllas, las relaciones cuya eficacia sólo consista en la constitución, modificación ó extinción de algún derecho real, todas las demás son y no pueden menos de ser, pues carecerían de utilidad en otro caso, verdadera fuente ú origen de obligaciones.

Esta sola consideración revela dos cosas importantísimas, á saber: que en las fuentes de las obligaciones existe

una verdadera base para la clasificación de las relaciones jurídicas, sino es más exacto afirmar que todos los grandes grupos de relaciones susceptibles de producir derecho personal han de resultar bosquejados en las fuentes de las obligaciones; y segundo, que precisamente con motivo de esta afirmación aparece en el artículo de que me estoy ocupando notoria deficiencia acerca del asunto sobre que versa su contenido.

Para el Código, según dicho artículo, independientemente de las obligaciones que declara que nacen de la ley, sin que nos diga á qué clase de relaciones se refieren las obligaciones de este origen y con qué alcance las considera, desígnanse los contratos y cuasicontratos y los actos ú omisiones ilícitos ó en que intervenga cualquier género de culpa ó negligencia, como las demás fuentes de las obligaciones; lo cual equivale á decir que todo hecho jurídico cuyo régimen se informe de algún modo mediante la voluntad que no sea contrato ni cuasicontrato, ni delito ó falta, ni acto ú omisión culpable ó afectado por negligencia, no puede motivar derecho alguno personal ni dar, en su consecuencia, origen á ninguna obligación.

Afortunadamente el Código reúne en el último de sus libros la materia de cuanto considera como contrato y cuasicontrato (título II y siguientes hasta el XVI inclusive del libro IV), comprendiendo igualmente en el capítulo II de este último título lo referente á los actos ú omisiones susceptibles de dar origen á alguna obligación motivada por la culpa ó negligencia.

No hay para qué hablar de los delitos ó faltas cuyas obligaciones consiguientes se rigen, según el art. 1.092, por las disposiciones del Código Penal.

La inmediata consecuencia que se desprende de esta sola consideración consiste en que de las instituciones que comprende el libro III del Código Civil, ó sea de los dife-

rentes modos de adquirir la propiedad, no puede derivar ninguna clase de obligaciones.

Ni la ocupación, ni la donación, ni las sucesiones que son los únicos tres títulos que desarrolla dicho libro, pueden motivar derechos personales. Y, sin embargo, nada sería más equivocado que semejante afirmación.

El Código mismo, al tratar, por ejemplo, de la donación, se ve precisado á apercibirse contra dicha afirmación aun cuando se limite, en este punto, á aquellas donaciones que hayan de producir sus efectos entre vivos, respecto á las cuales declara, en su art. 621, que se regirán por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones, y aun esto solamente en todo lo que no se halle determinado en el título en que se trata de la donación.

Es más: ¿cabría, en atención á esta declaración del citado art. 621, en relación con lo dispuesto por el de que ahora me ocupo (1.089), suponerse que en lo que se halla determinado en el título que trata de las donaciones (2.° libro III) no hay base para alguna obligación? ¿No contestan á esta pregunta las propias palabras del mismo Código, entre otros artículos el 629 y el 631?

Pues si esto ocurre respecto á la donación, aun en la materia que no se rige por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones, dígase si no sucede lo mismo, por ejemplo, en la partición tratándose de las sucesiones (artículos 1.069 y siguientes), en la aceptación de la herencia (artículos 859, 988, 1.003 y 1.023), en los legados (artículos 858, 867, 891 y otros). é igualmente en la posesión (artículos 458, 760 y otros), en la accesión (artículos 361, 369, etc.), en la ocupación (artículos 615, etc.), la fundación, etc., y demás relaciones distintas de aquellas á que se refiere el citado art. 1.089 de nuestro Código Civil.

Véase, por tanto, cuán deficiente resulta lo que acerca del origen de las obligaciones se consigna en este artículo, y cuán indispensable es rectificarlo, siquiera en el

sentido que propongo en el Proyecto que acompaño (capítulo III del tít. II, libro III), de modo que afirmando, ante todo, la necesidad absoluta de algún hecho jurídico para la existencia de cualquiera obligación, y acomodando, en su virtud, las diversas fuentes de ésta á la clasificación de los hechos jurídicos, según la distinta nauraleza de los mismos, se precise ó aclare, al menos, el concepto con que el Código establece que las obligaciones nacen de la ley, para saber, según decía, á qué clase de obligaciones se refiere, cuáles son las relaciones jurídicas en que dicha clase de obligaciones se originan, en qué sentido es considerada cada una de aquéllas para fijar exclusivamente en la ley su origen respectivo, qué alcance le corresponde en atención á semejante régimen y cuáles son, por lo mismo, las instituciones que interiormente abarque la clase que esté regulada única y exclusivamente por la ley.

Claro es que si el Código en lugar de presentar por sus libros III y IV una mera agrupación de instituciones, designando unas como modos de adquirir la propiedad, y calificando otras con el nombre de obligaciones y contratos, presentara con unidad la materia relativa al hecho jurídico para señalar el carácter necesario ó voluntario que éste reviste en el derecho, distribuyendo de tal suerte las instituciones que al mismo se refieren, á fin de trazar el deslinde ó esfera particular de cada una de ellas, ni aparecería la indeterminación referida acerca de lo que el Código entiende por obligaciones que nacen de la ley, ni dejaría de corresponder con la clasificación de las relaciones jurídicas la materia concerniente á las diversas fuentes de las obligaciones, ni resultaría la deficiencia que, según queda manifestado, aparece en el citado artículo 1.089 del Código, ya que, en realidad, existen obligaciones de origen distinto de los expresados en el mencionado artículo.

La ordenación de las instituciones en el libro IV del Pro-

yecto; el tratado, en una palabra, de las relaciones jurídicas, que constituyen su contenido, revelan claramente la indicada correspondencia que, á mi juicio, existe entre las diversas clases de relaciones y las distintas fuentes de la obligación, y contribuye, según decía también, á corregir los indicados defectos del Código sobre la base anteriormente expuesta, formulada en el art. 2.568 del Proyecto.

CAPÍTULO II

De la naturaleza y efecto de las obligaciones.

He aquí un epígrafe que parece propiamente el desarrollo del capítulo anterior, que trata de las disposiciones generales en materia de obligaciones, pues nada en ello pudo mostrarse con carácter más general, ya se trate de obligaciones, ya de cualquier otra institución jurídica, que lo relativo á su naturaleza y á los efectos que, en consideración á la misma, esté llamada á producir.

Por esto, ya fuera el desarrollo de este capítulo subdivisión del precedente, ya apareciese como complemento ó apéndice del mismo, según más bien le corresponde, conforme al orden en que resulta en el Código, nada diría respecto á su contenido si no fuese porque en él se comprende una de las clasificaciones de las obligaciones (la de éstas en razón del acto en que ha de consistir su utilidad) que, al regularla relativamente á cada uno de los términos de dicha clasificación, á saber: la obligación de dar, la de hacer y la de omitir, parece más bien una materia correspondiente al capítulo siguiente, en que se trata de las diversas especies de obligaciones.

Independientemente de esta observación sobre dicho contenido, es lo cierto que acerca de la naturaleza de la obligación considerada como tal, cualquiera que sea la

forma de su manifestación, nada en concreto resulta en el articulado de este capítulo II.

Si algo aparece en armonía con su epígrafe, es sólo en lo referente á los efectos de las obligaciones, y aun esto, concretándolo únicamente á la transformación que se origina en la responsabilidad, cuando por incumplimiento ó retardo se causan perjuicios, ó cuando éstos se producen por dolo, culpa ó negligencia al realizar su cumplimiento.

Qué sea la obligación, en qué se distingue de la relación jurídica en cuya virtud se origine, cuál deba ser su extensión, y en qué ha de consistir el efecto directo é inmediato de su respectiva utilidad jurídica; en una palabra, todo cuanto interesa á la obligación como postulado necesario de la transformación de la responsabilidad que lleva consigo, la indemnización de daños y perjuicios, son asuntos ó particulares sobre los cuales nada aparece en el Código, no obstante la necesidad de caracterizarlos especialmente, siquiera para no atribuir á la obligación un concepto fundamentalmente distinto del que le corresponde en rigor de derecho ó, lo que es lo mismo, como elemento útil, que ha de formar parte en su virtud del tratado que se ocupa de los bienes, y no ciertamente de aquel que, según sucede en el Código, lo enlaza, por no decir que lo integra, en el libro que trata de los contratos.

El capítulo I, título II, libro III del Proyecto comprende respecto á los indicados particulares las reglas que, á mi juicio, están llamadas á suplir la referida deficiencia que se observa en el Código Civil.

Limítase éste, como decía, en lo referente á la naturaleza de la obligación, á la doctrina que consigna el art. 1.088 en concepto de disposiciones generales, y que se reduce á afirmar que toda obligación consiste en dar, en hacer ó en no hacer alguna cosa.

No he de repetir en este momento lo que queda expuesto acerca de dicho artículo.

Al fin, la referida afirmación no es otra cosa que la manifestación de que la utilidad de toda obligación ha de consistir en un acto, cuya clasificación se hace en el modo expresado, por no haberse señalado previamente conforme aparece en el Proyecto al tratar de la clasificación de los bienes según sus elementos constitutivos (sección 2.ª del capítulo I, título preliminar del libro III), cuales son los datos que, sin constituir relación jurídica, entrañan, no obstante, para el derecho una verdadera utilidad, y sirven, por tanto, de elemento útil en las manifestaciones de que aquél es susceptible.

Si en la clasificación de los bienes se hubiera el Código ocupado de los actos; si hubiera establecido además la diferencia entre éstos considerados como tales, y su valor jurídico como relaciones de derecho; si hubiese presentado para la debida claridad la separación que existe entre la materia de la responsabilidad y la de las instituciones por las que en forma de relación se realiza toda manifestación de derecho en la vida social, á buen seguro que no habría tenido necesidad de formular á manera de disposición general, en el tratado de obligaciones, la referida clasificación de los actos, comprendiendo cuanto más importante había de ser en dicho tratado, sobre todo á fin de fijar la verdadera naturaleza de la obligación, dar la nota de que dichos actos, en que ha de consistir la utilidad de la obligación, han de ser manifestaciones de la actividad libre y verificados precisamente en beneficio ó interés de persona distinta de la llamada á realizarlas.

El Código, no obstante, ha prescindido, no sólo de la indicada condición ó categoría á que pertenecen los actos en que radica el elemento útil de toda obligación ó forma de responsabilidad, sino también de la condicionalidad á que han de responder ó fin al cual han de servir. Pero todavía hace más, pues ni aun formula tampoco el respectivo valor jurídico de cada uno de los actos que enumera,

á saber: la tradición, como expresión de los de dar; el servicio, como expresión de los de hacer; y la omisión, como característica igualmente de los que consisten en no hacer.

Sabido es en este punto que sólo al tratar de la compraventa, y con ocasión de la entrega de la cosa vendida, consigna el Código algunas disposiciones relativas á la tradición, que ni son suficientemente explícitas, ni pueden por sí solas abarcar la materia de esta institución jurídica, que dista mucho de tener que limitarse á la consumación del contrato de compraventa.

He aquí, sin duda, el motivo por el que el Código se ha visto precisado á establecer el principio á que se refiere el art. 1.095, al ocuparse de las obligaciones de dar, cual expresión de los efectos de la tradición como modo de adquirir los derechos de propiedad.

Si el Código se hubiera ocupado de la tradición, siquiera al tratar de los modos de adquirir la propiedad, no se habría visto en la necesidad de hacerlo al ocuparse de la obligación de dar, pues desde luego se observa que la adquisición del derecho real nada tiene que ver con la obligación y su cumplimiento, que es, después de todo, lo único en que se encierra la materia jurídica correspondiente á la misma.

Los derechos reales tienen, y no pueden menos de tener, las reglas referentes á su constitución, ya sean éstas las relativas al título necesario para su adquisición, ya las peculiares al modo como deben quedar constituídos.

Aunque este modo pueda ser ó no resultado de alguna obligación previamente establecida, ni siempre ha de ser esto indispensable, ni, por otra parte, deja de existir la debida separación entre lo uno y lo otro, de tal suerte, que casi puede afirmarse que, aun en los casos en que el modo sea resultado de alguna obligación previa, termina la materia jurídica de ésta donde comienza lo que es sim-

plemente peculiar del modo indispensable para adquirir derecho de propiedad.

Por esto, como decía, ya he manifestado, al ocuparme del art. 1.088, que el epígrafe de este capítulo en el Código no responde á su contenido.

Nada más racional que regular la naturaleza de las obligaciones antes de hacerlo de sus efectos.

En este sentido no puedo menos de considerar justificado el enunciado de este capítulo II. A él puede decirse que se atiene el capítulo I, título II, libro III del Proyecto, capítulo por el cual se traza la materia de las obligaciones consideradas en general é independientemente á su vez de su clasificación y de sus fuentes.

Pero, por desgracia, el Código ha prescindido en el desarrollo del articulado de dicho capítulo II de la primera parte, y propiamente más fundamental del epígrafe que emplea en su designación.

La naturaleza de la obligación no resulta regulada.

Aquello en que consiste, la función que desempeña, la utilidad que está llamada á producir, la razón, en una palabra, de su valor propio como institución jurídica, no aparece en lugar alguno de este capítulo II; pues en otro caso es bien seguro, conforme hacía presente al ocuparme del art. 1.088, que el tratado de las obligaciones se hallaría en el Código en lugar distinto del que actualmente tiene, y habría sido llevado á formar parte, como lo forma en el Proyecto, del libro destinado á regular la materia de los bienes en el derecho.

Ya indiqué entonces la causa á que obedece, á mi juicio, semejante omisión en el Código Civil.

El error en el concepto de la obligación que quiso expresarse por dicho art. 1.088, su falta de unidad en la indicación de la materia que la constituye, y su confusión con la relación jurídica, para ver en ella una de éstas, entre otras, en lugar de algo originado por las mismas, fué

señalado como causa de la referida deficiencia que resulta en este capítulo II, y de la circunstancia de tratarse en él, como expresión de la naturaleza de las obligaciones, de una de sus clasificaciones, á saber: la de aquellas que consisten en dar, en hacer ó en no hacer.

La naturaleza de la obligación queda, pues, sustituída en el Código por la materia especial á una de sus clasificaciones; y si bien en lo relativo al efecto de las obligaciones, que es otro de los particulares de este capítulo II, realmente comprende el Código gran parte de lo que corresponde á dicho asunto, aunque limitándolo sólo á la transformación que sobreviene en la responsabilidad cuando la obligación no se cumple ó se cumple indebida ó defectuosamente, es decir, en cuanto atañe á la indemnización de daños y perjuicios en que puede incurrirse con motivo de las obligaciones, es lo cierto que nada resulta respecto á todo lo demás correspondiente á la naturaleza, extensión y efectos de la obligación, para fijar el alcance de la responsabilidad civil, las personas á quienes afecta, las condiciones que son inherentes á la misma y las circunstancias relativas á su cumplimiento; puntos todos acerca de los cuales nada dispone el Código Civil, como no sea en el particular referente á la extinción de las obligaciones, á pesar de su señalada importancia y decisiva influencia para la fijación del verdadero valor jurídico de los derechos personales, y á cuyos extremos dedica el Proyecto los oportunos artículos (del 2.442 al 2.458) como desarrollo de las materias indicadas en la primera parte del referido capítulo I, que se ocupa de las obligaciones en general.

Artículo 1.094.—Nada más natural que el contenido de este artículo. Pero aunque no haya de exponer su fundamento, no puedo, sin embargo, dejar de hacer presente, con ocasión del mismo, la necesidad de completar la materia jurídica de las obligaciones de dar, con el régimen

referente á las circunstancias que provoquen el deterioro, ó la mejora ó aumento de la cosa que ha de ser entregada, durante el tiempo que el obligado á la entrega está también precisado á conservar.

Este período previo á que hace referencia el artículo de que me estoy ocupando, puede ocasionar efectos jurídicos muy distintos, según que subsista íntegramente la cosa, ó, por el contrario, se deteriore ó sobrevenga su mejora; y no hablo de aquellas circunstancias que den motivo á su pérdida, porque esto corresponde hacerlo al tratar de la extinción de las obligaciones.

Partiendo de la base de la subsistencia de la obligación, si la integridad de la cosa determina lo que pudiera llamarse efectos ordinarios de la obligacion de conservarla, el deterioro de la misma ó su mejora puede dar lugar á efectos especiales.

En este punto es preciso tener en cuenta dos particulares importantes: uno referente á la obligación, para distinguir en su desarrollo, su nacimiento y su exigibilidad, y otro concerniente á las diversas facultades que acerca de la cosa que ha de ser entregada asisten respectivamente al acreedor y al deudor, durante el tiempo que medie desde el nacimiento de la obligación al momento en que ésta llega á ser exigible.

El Código de la República Argentina, quizás incurriendo en minuciosidad, se ha ocupado señaladamente de este punto al tratar de las obligaciones de dar; y si bien, á mi juicio, era necesario modificar, como lo he hecho, por los artículos 2.504 y 2.505 del Proyecto, lo establecido en dicha legislación, entiendo, sin embargo, que conviene completar en nuestro Código Civil la doctrina relativa á la obligación de conservar, siquiera sobre las dos bases que quedan indicadas, conforme así resulta en los mencionados artículos del Proyecto que acompaño.

Artículo 1.095. — Dos afirmaciones contiene este ar-

tículo que aun cuando sean exactas en el fondo no se ajustan, sin embargo, á los términos en que dicho precepto las formula.

Ambas, no obstante, se refieren á dos puntos importantísimos, á saber: el nacimiento de la obligación y la adquisición de los derechos reales.

Sobre lo primero consigna el Código que si bien el efecto de la obligación se reduce al del derecho personal, designando con tal motivo con el nombre de acreedor el llamado por aquélla á la adquisición de alguna cosa, y protestando de esta suerte contra el criterio sustentado por varios Códigos modernos para atribuir al contrato, y en general al simple título, el efecto inmediato de transferir la propiedad, el acreedor tiene derecho á los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla, aunque con la salvedad á que se refiere la segunda parte del mencionado artículo.

Según él, el nacimiento de la obligación es materia decisiva para el indicado efecto, que regula dicho artículo, acerca de la obligación de dar; y como en realidad no es fácil encontrar en otra parte de dicho cuerpo legal el sentido técnico del nacimiento de la obligación, con la debida separación de su exigibilidad, para fijar la respectiva independencia que necesariamente ha de existir entre los efectos de una y otra materia, se observa desde luego la falta de exactitud que aparece en el artículo si el nacimiento no se toma por sinónimo de la exigibilidad, así como el error que resultaría en el mismo si bajo esta sinonimia estuviese formulado.

¿Qué es lo que el Código entiende por nacimiento de la obligación? Los términos del art. 1.089, que trata de las fuentes de las obligaciones, dan á entender claramente que, con independencia del momento en que la obligación comience á ser exigible, el nacimiento de la obligación tiene lugar por su sola existencia en virtud de la ley, el

contrato ó cuasicontrato, ó el acto ú omisión á que deba su origen.

Fijándose, pues, en lo relativo á las fuentes de las obligaciones, el nacimiento es, como naturalmente debía ser, considerado como sinónimo de la existencia de la obligación.

Así lo confirma igualmente el art. 1.125, por el que, ocupándose de las obligaciones á plazo, reconoce explícitamente que la exigibilidad sólo surge cuando deba realizarse el cumplimiento de la obligación.

Hay, de consiguiente, marcada separación entre el nacimiento de la obligación y su exigibilidad; la que debe haber entre la existencia de la obligación y su cumplimiento: y, sin embargo, previénese, como queda dicho, en el art. 1.095 que el derecho á los frutos por parte del acreedor existe desde que *nace* la obligación de entregarla.

He aquí por qué decía que en esto debe haber habido un positivo error de concepto, puesto que ni en la obligación á plazo, ni en la condicional, ni en la alternativa, ni en las demás clases de obligaciones cuya utilidad consista en dar ó entregar alguna cosa, puede afirmarse que los frutos de ésta correspondan al acreedor antes de ser exigible su cumplimiento, que ha de consistir en la dación ó entrega de la misma.

La simple comparación entre este artículo y el que le precede revela notoriamente el error que acabo de indicar, pues seguramente no cabrá sostener que en tanto sólo sea exigible la conservación de la cosa al obligado á verificar su entrega, los frutos de la misma correspondan ó hayan de corresponder al acreedor.

La obligación de entregar una cosa nace y existe desde que el obligado á darla tiene también la obligación de conservarla; y, sin embargo, si por cualquiera circunstancia resulta legalmente diferida su entrega, ya sea esto

condición natural del contrato, ó convención expresa del acreedor y deudor, no podrá menos de verse con evidencia que semejante falta de exigibilidad, no obstante la existencia de la obligación de dar, implica necesariamente, en la propia relación en que acreedor y deudor se encuentran colocados, la imposibilidad de realizar por de pronto el efecto consiguiente á la transferencia de la propiedad (bien consista ésta en el derecho de dominio ó bien en cualquiera otro de los derechos reales), aun cuando la relación que motive la referida obligación sea de aquellas que tengan por objeto la constitución, modificación ó transferencia de algún derecho real.

De otro modo, habría que convenir en tomar al derecho personal, correlativo de la obligación, como un verdadero derecho real, apoyándose para ello en el criterio conforme al cual se han pronunciado algunos Códigos modernos para que el título por sí sólo, con separación é independencia del modo, sea medio suficiente para todo cuanto interese á la adquisición de los derechos reales.

No ha sido este, sin embargo, el sentido que ha prevalecido en nuestro derecho y sigue prevaleciendo en nuestro Código Civil.

La segunda parte del artículo de que me ocupo constituye una declaración explícita de esta última afirmación.

Ya he dicho antes que sobre ella había de llamar la atención; pero entre tanto, es lo cierto que aunque el Código trata de presentar con eficacia la transferencia de la propiedad, sin necesidad de la entrega de la cosa en las simples relaciones de acreedor y deudor, declarando que el acreedor tiene derecho á los frutos por el solo nacimiento de la obligación de entregar la cosa de que se deriven, no puede menos de comprenderse que dicha declaración ha de hacer referencia á los casos en que por el fin de la relación que motive dicha obligación, y por las circunstancias de la relación misma, sea desde luego exigi-

ble semejante obligación; pues de otra manera fácilmente resultaría que aun en aquellas relaciones destinadas á transferir el dominio ó cualquier otro derecho real, se crearía respecto á la cosa, mientras no fuera exigible la obligación de entregarla, una situación en que su administración y su régimen, ó sea cuanto puede interesar al derecho de disfrute ó no ser materia exclusiva de su conservación, ni podían ser libremente ejercidos por el deudor, ni tampoco por el acreedor, aquél por falta de interés y éste por falta de apoderamiento ó tenencia de la cosa; todo lo cual, en muchos casos, podría dar lugar á desnaturalizar las condiciones de la cosa misma que principalmente hubieran servido de motivo para interesarse en su enajenación ó transferencia.

Es más; dicho queda que si al fin, por condición natural de la relación jurídica ó por convención expresa de los interesados en ella, surge ó sobreviene la situación por la cual la entrega de la cosa no sea exigible desde el momento en que se origina ó nace la obligación de darla, á nadie más que á sí mismos pueden imputar acreedor y deudor el efecto consiguiente en cuya virtud no pueda aquél hallarse asistido de verdadero derecho sobre los frutos de la cosa, por haber consentido ó establecido, en interés propio, que no se realice el *modo* indispensable para obtener aquel efecto derivado de la adquisición ó de la transferencia.

He aquí por qué no he podido menos de rectificar en el Proyecto (art. 2.501) la referida declaración de la primera parte del art. 1.095 del Código, para que el derecho á los frutos en favor del acreedor derive, no simplemente del nacimiento de la obligación de dar, sino de la exigibilidad ó vencimiento (art. 2.452 del mismo Proyecto) de esta misma obligación.

Aun cuando el Código se refiera en dicha declaración á los casos en que la obligación de dar es consecuencia de

algún título traslativo de propiedad, no puede menos de observarse que al fin no lo consigna así explícitamente, sino que lo establece en términos generales, lo cual podría dar lugar á múltiples contiendas, y de grave trascendencia, si se tiene presente la variedad de fines á que pueden responder las distintas relaciones jurídicas que llevan consigo la obligación de dar ó entregar alguna cosa.

Con este motivo consígnase igualmente en el citado artículo 2.501 del Proyecto la doctrina á que se refiere el último inciso del 1.095 del Código; pero no ya, como éste, formulándola de una manera general ó indeterminada, sino por el contrario, concretándola á los títulos en cuya virtud puede tener lugar la adquisición de algún derecho real, y completándola á su vez, como es indispensable, con la exigencia del *modo* necesario para la adquisición de semejante clase de derecho.

Hay que advertir, en este punto, que no siempre es preciso la entrega de la cosa para la adquisición de derecho real.

Muestra de ello la ofrece el mismo Código en el párrafo 2.° del art. 1.473, donde al tratar de la doble venta previene que si fuese inmueble la cosa vendida, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro. Haya ó no haya entrega material, pues no hablo de la simbólica á que se refiere el párrafo 2.° del art. 1.462, la inscripción en el Registro será la que determine la eficacia del derecho real á que se refiere la enajenación.

Sin entrega en este caso, y aun con entrega, cuando el título que la motive no confiera un derecho de propiedad, la virtualidad de éste ó de su respectivo derecho real puede resultar en muchos casos independientemente de la entrega, ya que al fin no es esta el único modo reconocido para la adquisición del dominio y de los demás derechos reales.

Por esto entiendo que la referida doctrina de la segunda

parte del artículo de que me ocupo, no tiene ni puede tener el valor absoluto que aparece de su redacción, sino que, sin dejar de ser exacta, se halla necesariamente limitada á la concurrencia de otras varias circunstancias, que son, según expresa el citado art. 2.501 del Proyecto, que el título que motive la obligación de dar esté llamado á producir derecho real, y que ya consista en la entrega de la cosa ó en algo distinto, se realice el hecho por el que deba caracterizarse el *modo* indispensable para su realización.

Si el Código contuviera como el Proyecto la doctrina que constituye el régimen del título y del modo para la adquisición del dominio y de los demás derechos reales (parte 3.ª y 4.ª de la subsección 1.ª, sección 2.ª del capítulo 2.°, tít. I, lib. III), no se hubiera visto precisado á consignar, con motivo de la obligación de dar, lo prevenido en este art. 1.095, que después de todo es solamente una aplicación de los principios á que dicha doctrina debe responder.

Artículo 1.099.—La modificación de este articulo, que puede verse por el contenido del art. 2.507 del Proyecto, la considero indispensable, así para aclarar su verdadero concepto como para completar la doctrina de que en él se hace referencia.

Aclaración exige su primera parte. Atiénese, según dice, á mantener, para la obligación de omitir, lo dispuesto en el párrafo 2.° del artículo anterior. Si éste se refiriese únicamente á la necesidad de decretar que se deshaga lo mal hecho por el que contraviniera á su obligación de hacer, se comprendería perfectamente el concepto expresado en el artículo de que me estoy ocupando.

Pero como aquel párrafo 2.° comprende ante todo la prevención de que se mande ejecutar á costa del obligado lo que éste haya dejado de hacer, no es fácil descubrir cómo semejante prevención puede ser aplicable ú obser-

varse también, según dice el citado art. 1.099 del Código, cuando la obligación de que se trate sea la de omitir.

De creer es, por lo mismo, que el propósito del legislador se limitaría á declarar aplicable la posibilidad de decretar que á costa del obligado se deshaga lo mal hecho; pero aun así, como decía, es menester completar esta justa disposición.

El citado art. 1.099 la refiere solamente al caso en que el deudor ejecutare lo que le había sido prohibido. Parece, de consiguiente, que exige la circunstancia de haber existido prohibición determinada al constituirse la obligación; y como puede ocurrir, y probable es sea lo más frecuente, que á la obligación de no hacer se contravenga, haciendo algo que no haya sido objeto de expresa prohibición, entiendo que ha de darse á la doctrina del artículo mayor flexibilidad, para que quepa igualmente en este caso decretar que se deshaga lo mal hecho.

En este sentido aparece la reforma del art. 2.507 del Proyecto, sin perjuicio de su última parte, relativa á la indemnización del daño causado por contravención de la obligación de omitir, sobre la cual ya consignan las disposiciones correspondientes, como confirmación y complemento de lo prevenido en el art. 1.101 de nuestro Código Civil, los artículos 2.459 y 2.460 del Proyecto que acompaño.

Artículo 1.111.—Prescindiendo de algunas deficiencias que se observan en los artículos anteriores á éste, como, por ejemplo, en el 1.101 y en el 1.105, porque sin necesidad de consideraciones especiales se descubre fácilmente el motivo de su modificación por la simple comparación entre el enunciado de los respectivos artículos del Código y sus correspondientes en el Proyecto, pasaré á ocuparme brevemente del contenido de este art. 1.111, toda vez que más bien que reforma ó alteración de la doctrina que comprende, reclama su redacción la aclaración de un con-

cepto de que puede depender en muchos casos su recta aplicación.

Refiérome á lo que llama el Código derechos inherentes á la persona y que señala como excepción de aquellos que pueden ejercitar los acreedores, para realizar lo que se les deba, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesion la persona del deudor.

Ciertamente que lo que es inherente á la personalidad del deudor, que aquello en que consistan sus atributos ó sus prerrogativas personales, no es ni puede ser materia de los medios por los cuales quepa hacer efectivas sus obligaciones ó responsabilidades.

Pero la certeza del principio requiere para su debida aplicación práctica, una fórmula concreta por la cual pueda verse claramente el alcance que sea posible atribuir á semejante clase de elementos, absolutamente personales.

De otro modo es muy fácil que la apreciación individual se sustituya al principio; como que al fin ha de ser necesario que la apreciación, en su caso, sea la que, á falta de fórmula precisa en la ley, esté llamada á sustituirla.

La necesidad de esta aclaración para la vida del derecho se impone, y no la evita, por tanto, el silencio de la ley. He aquí por qué entiendo que no basta lo que consigna este artículo al tratar de señalar una excepción respecto á los derechos y acciones que sean inherentes á la persona del deudor, sino que es indispensable fijar de algún modo. que contribuya á la determinación de este concepto, el alcance ó límites de sus peculiares efectos, sobre todo cuando el Código no establece en lugar alguno cuáles sean los derechos inherentes á la persona, ni precisa tampoco cuáles tengan el carácter de intransmisibles, que habría podido ser, por lo menos, una nota suficiente para señalar la extensión de la excepción establecida en el artículo á que ahora me refiero.

La transmisibilidad ó intransmisibilidad del derecho, ya considerada en razón de la naturaleza del mismo, ya en atención á las circunstancias que pudieran impedir su transferencia respecto al acreedor que estuviera en el caso de hacer uso de las facultades conferidas por el precepto de que me ocupo, ha de ser, por lo menos, la base para fijar el alcance de la excepción á que hace referencia bajo la denominación de derechos inherentes á la persona; porque es evidente que sin semejante condición de posible transmisibilidad del derecho ó acción de que se trate, no cabe poner á disposición del acreedor lo que sólo constituya una facultad que integre en la persona del deudor.

En este sentido contiene el Proyecto (por su art. 2.471) la modificación ó reforma referida, si bien teniendo presente que precisamente comprende á su vez en el capítulo III del título preliminar del libro IV, en que trata de la eficacia de las relaciones jurídicas, no sólo la debida distinción entre los derechos transmisibles é intransmisibles, sino la determinación del alcance respectivo de cada uno de estos dos extremos de dicha clasificación.

Ya emane la intransmisibilidad de la circunstancia de derivar de alguna relación necesaria el derecho personal, en cuyo concepto resulta propiamente insustituible la función que legalmente lo motive, ya se funde en la naturaleza especial de algún derecho real, como ocurre, por ejemplo, en las servidumbres personales, ya responda á alguna cualidad insustituible también por efecto de las condiciones que caractericen la relación originaria del derecho aun siendo voluntaria; cualquiera de estas manifestaciones en que fundamentalmente se caracteriza la intransmisibilidad de los derechos, y sobre cuyo régimen ha de comprender el Proyecto en su lugar oportuno, las disposiciones correspondientes, resulta más explícita y concreta para fijar aquella extensión que es indispensa-

ble conocer respecto al valor jurídico de la excepción contenida en este artículo, que la mencionada designación de derechos inherentes á la persona, susceptible de ser considerada en muy diversos sentidos, sobre todo dada la indeterminación del Código respecto á este particular.

CAPÍTULO III

De las diversas especies de obligaciones.

SECCIÓN PRIMERA

De las obligaciones puras y de las condicionales.

En cuanto al fondo de la doctrina de los varios artículos que comprende esta sección, no he creído que fuese preciso hacer innovación alguna de importancia.

El principio que consigna el art. 1.114 del Código y por el que puede decirse que la doctrina que desenvuelve esta sección primera guarda perfecta armonía con lo que al efecto estatuía nuestra anterior legislación, me ha permitido acomodarme casi por completo, en la redacción de los preceptos relativos á esta materia, á los que constituyen en esta parte el contenido del Código.

Si alguna variación sobre ellos se encuentra en el Proyecto, al comparar la referida sección del Código con las dos primeras subsecciones que contiene la clasificación de las obligaciones por razón del modo como éstas han de cumplirse, es sólo referente á la distribución de esta materia y á la ordenación, según ella, de los mismos artículos que el Código ya comprende.

Separar las obligaciones puras de las condicionales y hacerlo á su vez, respecto á estas últimas, de lo que pu-

diera llamarse su parte general ó común á las suspensivas y resolutorias, é igualmente la parte especial de cada una de estas dos clases de obligaciones condicionales, ha sido únicamente lo que importaba verificar según el Proyecto, ya para facilitar la inteligencia de dicha clasificación, ya para ponerla en armonía con los demás términos que en la misma se comprenden, ya para evitar, según decía, que en un mismo artículo se trate de materias diferentes, como ocurre, por ejemplo, en el art. 1.113 del mismo Código, ó que se anticipen disposiciones como, sucede también en el 1 120 respecto al efecto retroactivo que deriva del cumplimiento de la condición suspensiva, antes de ocuparse de esta misma condición.

SECCIÓN SEGUNDA

De las obligaciones á plazo.

Artículos 1.125 y 1.128.—Correcta es ciertamente la doctrina de estos artículos. Entiendo, sin embargo, que es necesario fijar en ellos la atención, siquiera para evitar que pudiera estimarse el último como una contradicción de lo prevenido en el art. 1.115 del mismo Código.

De todos modos, interesa hacerlo, aun cuando sea para fijar la respectiva pertinencia y consiguiente separación de materias que resulta por lo dispuesto en cada uno de estos dos artículos que acabo de citar.

Sabido es, por lo dicho al tratar de las obligaciones condicionales, que dicho art. 1.115 del Código, correspondiente al 2.511 del Proyecto, establece la nulidad de la obligación condicional cuando el cumplimiento de la obligación dependa de la exclusiva voluntad del obligado.

Pues bien; algo análogo, por no llamarlo idéntico, viene á admitirse en el último párrafo del art. 1.128 también del Código.

Ocúpase del caso en que el plazo para el cumplimiento

de alguna obligación haya quedado á voluntad del deudor, y previénese al efecto que en semejante circunstancia fijarán los tribunales la duración del plazo.

Claro es que en lo dicho la prevención es correcta, pues al fin la referencia es sólo al plazo y no á la condición; siendo así que á esta última, mas no al plazo, hace relación el citado art. 1.115 del Código.

Pero hay que advertir que entre dichos dos artículos resulta intercalado el 1.125, cuyo párrafo último declara que cuando sea incierto si llegará ó no el día en que haya de cumplirse alguna obligación, ésta se reputa condicional y se rige por las reglas de las condicionales. Es decir, que cuando la incertidumbre no es del momento en que ha de llegar el día, porque éste *necesariamente* haya de tener lugar, sino que aquélla se refiera á si llegará ó no, haciendo por todo extremo eventual su realización, ya no se trata de plazo, sino de verdadera condición, y son las reglas de ésta las que se deben observar.

¿Cómo compaginar, pues, á la vista de este art. 1.125, lo dispuesto en el 1.128 con lo establecido en el 1.115? ¿Es que cuando el plazo haya quedado á voluntad del deudor es forzoso entender que necesariamente ha de venir?

Esto parece deducirse del hecho de quedar limitada á la voluntad del deudor la simple determinación ó fijación de plazo, que es equivalente á la designación ó señalamiento de día; pues si el deudor manifestara su voluntad en otro cualquier sentido ó con relación á cualquiera otro hecho ó suceso cuya realización hubiese de depender también de su voluntad, para atribuir de este modo carácter condicional á lo que hubiera quedado á discreción del mismo (lo cual implicaría, según el art. 1.115, la nulidad de la obligación), fácilmente se comprende que en semejantes circunstancias el deudor resultaría haberse extralimitado en aquello que se hubiese dejado á su arbitrio, porque en lugar de fijar un plazo habría establecido

una verdadera condición, que es precisamente lo contrario del supuesto en que descansa la doctrina del último párrafo del art. 1.128.

La voluntad del deudor en la fijación de plazo no anula la obligación; pero en cambio ésta queda nula cuando de la voluntad de aquél depende el cumplimiento de la condición.

¿Cómo cabrá considerar que lo entregado á la voluntad del deudor sea sólo la duración del plazo y no el cumplimiento de una condición, cuando al fin el efecto del vencimiento y la exigibilidad, por tanto, de la obligación de que se trate es precisamente resultado de la terminación del plazo como cumplimiento de la condición relativa al día en que la obligación ha de hacerse efectiva?

He aquí una dificultad, á mi juicio, importante, que ofrece la necesidad de concertar las dos disposiciones anteriormente referidas (artículos 1.115 y 1.128 del Código), sobre todo teniendo presente las diversas formas bajo las cuales puede quedar entregada á la voluntad del deudor la duración del plazo, y por cuya diversidad podría fácilmente resultar dudoso si el ánimo de los interesados había sido hacer condicional la obligación, ó solamente diferir su cumplimiento á un día que necesariamente haya de llegar.

Por esto he creído que no debía prescindir de estas indicaciones comparativas, respecto á la doctrina de los dos citados artículos, ya porque estimándola acertada no he reparado en mantenerla en mi Proyecto, ya también porque, según queda manifestado, existe, á mi juicio, medio de evitar confusión entre lo uno y lo otro con sólo tener presente que ni el deudor está facultado para decidir sobre el cumplimiento de alguna condición, siempre que, cualquiera que sea la forma, sólo se deje á su arbitrio la duración del plazo; ni hay en tal sentido posibilidad de estimar que aquél pueda dejar á éste absoluta-

mente indefinido (lo cual aconseja la intervención de los Tribunales á que se refiere el art. 1.128); ni cabe, en fin, que bajo este respecto deje de estimarse como una verdadera excepción de la regla general establecida en la primera parte del art. 1.115, toda condición ó estipulación por la que la duración del plazo se entregue á la voluntad del deudor y deba en su virtud sostenerse la eficacia de la obligación para diferir sólo su cumplimiento el término que se señale mediante la intervención judicial.

Artículo 1.129.—En cuanto á este artículo, no he podido menos de establecer la modificación que resulta en el 2.528 del Proyecto.

Redúcese, como se ve, dicha modificación al núm. 1.° del mencionado artículo.

Si lo prevenido en los demás números puede tener aplicación á las diversas clases de obligaciones, lo relativo al primero solo puede referirse á las obligaciones de dar.

Tratándose del efecto que haya de producir, en su caso, la insolvencia del deudor, ó sería preciso dar á la insolvencia una extensión que no tiene ni puede tener, como su mismo nombre indica, ó es preciso convenir que la insolvencia ó falta de pago, sobre todo cuando se busca la garantía de alguna deuda, únicamente puede hacer relación al cumplimiento ó seguridad de alguna obligación de dar.

Mas no es sólo lo que interesa á la clase de obligaciones á que puede ser aplicable la referida disposición de dicho artículo lo que principalmente motiva estas observaciones. La modificación ó reforma se refiere principalmente á evitar la vaguedad en una materia por la cual se trata nada menos que de privar al deudor de todo derecho á utilizar el plazo señalado para que sea exigible su responsabilidad. Digo vaguedad, porque esto es lo que aparece al hablar de la insolvencia, pues ni en dicho artículo, ni en ninguno otro del Código, se determina cla-

ramente cuándo tiene lugar ó en qué haya de consistir.

Ciertamente que la palabra insolvencia indica falta de pago; pero ¿es que solamente por el hecho de no pagar debe reputarse insolvente á una persona?

Dar á la insolvencia semejante extensión sería exponerse á reputar insolvente á todo el que no entrega lo que se le reclama, aun cuando sea porque considere que no debe.

La nota ó el calificativo de insolvente recaería, de esta suerte, contra cualquiera que se defendiese de una reclamación injusta.

No cabe, pues, que sea bastante cualquiera reclamación para que de ella pueda derivarse la situación de insolvencia. Es menester que aquélla resulte calificada, y por lo mismo entiendo que aun cuando no haya de serlo con todas las circunstancias que pueden, en sus respectivos casos, provocar la declaración de concurso ó la declaración de quiebra, deben concurrir siquiera las que sean bastantes á revelar que no se puede pagar una deuda reconocida.

En este sentido, he creído que debía atenerme á la existencia por lo menos de alguna ejecución, señalando, en cuanto á la insuficiencia ó ineficacia de la misma, para conseguir el pago de la deuda que se reclame, las condiciones prevenidas en el núm. 2.º del art. 1 158 de la ley de Enjuiciamiento civil, que trata de la declaración del concurso necesario.

Por regla general, los Códigos extranjeros, más bien que á la simple insolvencia, se refieren al estado de quiebra ó al que sirva de obstáculo para la libre administración de los bienes, cuando llegan á estatuir, á semejanza del artículo de que me ocupo, la necesidad de privar al deudor de su derecho á utilizar el plazo de sus obligaciones.

Nada más natural que la declaración de concurso ó la

de quiebra, esto es, aquellas situaciones que modificando la capacidad del deudor para administrar sus bienes, provocan la intervención de los acreedores en el régimen de los mismos, llevando consigo la privación del referido derecho del deudor.

Imposibilitado éste para la administración, de poco había de aprovecharle la facultad de utilizar el plazo. Paralizado, por decirlo así, el movimiento libre de sus medios de acción, su situación económica venía á ser propiamente la misma antes del vencimiento del plazo que al llegar este vencimiento. Es más; provocada también la intervención de los acreedores, no había de quedar excluído hasta llegar al término del plazo establecido aquel que, al fin, sobre los mismos bienes intervenidos, habría, en su tiempo, de obtener la eficacia de su derecho.

No es este el momento de desenvolver estos particulares, que indudablemente han servido para que casi todas las legislaciones, así civiles como mercantiles, hayan atribuído á la declaración de la quiebra ó á la declaración de concurso el efecto inmediato de tener por vencidas todas las deudas á plazo del concursado ó quebrado.

Pero ¿debe atribuirse este mismo efecto al estado de insolvencia? Más aún: ¿cabe tomar el estado de insolvencia por sinónimo del de concurso ó quiebra?

Aunque, como ya dejo indicado, las legislaciones extranjeras se hayan pronunciado por regla general en el sentido de prescindir en cierto modo de la simple insolvencia para atender á la declaración (de quiebra ó concurso) que lleve consigo la modificación de la capacidad para la administración de los bienes y la paralización de la vida económica del deudor, no puedo menos de considerar que el Código se ha separado resueltamente de semejante criterio, puesto que de haberlo seguido no contendría el artículo de que me ocupo la disposición de su número 1.º, cuando es sabido que para anticipar el venci-

miento de las deudas á plazo, ya el Código de Comercio (artículo 883), para las responsabilidades del quebrado, así como el mismo Código Civil (art. 1.915), para las que sean obligaciones del concursado, disponen explícitamente el vencimiento referido.

Al comprender, de consiguiente, el art. 1.129 la disposición expresada, no obstante lo prevenido en el Código de Comercio y el Código Civil para las deudas á plazo del concursado ó quebrado, revela notoriamente que para el Código Civil la situación de insolvencia es cosa enteramente distinta de la relativa al concurso y á la quiebra.

Ahora bien: ¿en qué consiste, pues, la diferencia y bajo qué notas ha de caracterizarse semejante situación, que es calificada de *estado,* entre otros artículos en el 1.292, 1.829, etc.?

He aquí donde surge una verdadera perplejidad que no es fácil desvanecer, ni atendiendo á nuestra anterior legislación, ni examinando el contenido de los artículos del Código.

Es este asunto uno de tantos acerca de los cuales el Código no ha reparado en adoptar una calificación jurídica, base de las disposiciones de muchos de sus artículos, sin presentar solución para su inteligencia.

Del insolvente, de la insolvencia y del estado de insolvencia habla en otros muchos artículos, además de los ya citados y del de que ahora me ocupo.

El 1.071 y 1.072, tratando de los coherederos ó de los deudores hereditarios; el 1.139 y el 1.145, al ocuparse de las obligaciones mancomunadas y solidarias; el 1.206 con ocasión de la novación; el 1.292 con motivo de la rescisión de los contratos; el 1.685 y 1700 á propósito del contrato de sociedad; el 1.732 relativamente al mandato; el 1.829 tratando de la fianza, etc., etc.

Todos ellos, como decía, contienen, respecto á la situación ó estado de insolvencia, disposiciones trascenden-

tales cuya eficacia ha de depender necesariamente del verdadero concepto jurídico que á ésta se atribuye, y que, dado el silencio del Código, sólo podría esperarse conocer cuando la jurisprudencia llegara á determinar su verdadero sentido.

No he de repetir aquí lo que tantas veces he tenido que decir respecto á los peligros que envuelve y á la incertidumbre que origina todo lo que sea confiar á la jurisprudencia lo que es misión del legislador.

Por esto he preferido abordar resueltamente este problema, aunque sea en los reducidos límites á que se ajusta lo prevenido en dicho núm. 2.º del art. 1.158 de la ley de Enjuiciamiento civil, para que por de pronto quepa orientarse sobre el valor jurídico de los muchos artículos anteriormente citados, y á reserva de hacer notar la especie de contradicción que existe entre lo preceptuado en este artículo y el 1.127, que forma parte de esta misma sección de nuestro Código Civil.

En la necesidad de partir de alguna presunción fundada respecto á la carencia de medios del obligado, he creído indispensable fijarme en el estado de ejecución, ya lo motive algún juicio ejecutivo ó el cumplimiento de alguna sentencia pronunciada contra aquél.

No es preciso exigir la existencia de varias ejecuciones, según sucede para el concurso en su caso; pues, al fin, ni se trata de modificar la capacidad del obligado, respecto á la administración de sus bienes, ni de provocar una situación en que la pluralidad de interesados para hacer efectivos sus derechos sobre una misma masa de bienes requiere precauciones y formas que eviten el que alguno se aproveche en perjuicio de los demás.

El estado de insolvencia mientras no llegue el caso de hacer indispensable el de concurso ó la quiebra, no trasciende, por decirlo así, más que en la relación particular entre el acreedor y el deudor; pero aun así, tratándose

nada menos que de anticipar el vencimiento del plazo de la deuda, para convertir en exigible la que no lo sea, requiere, como indicaba, que los motivos á que obedezca la clasificación de insolvencia sean fundados y oficiales, sobre todo cuando para el caso á que se refiere el artículo de que me ocupo, es preciso calificar dicha situación, no por virtud de reclamación del acreedor cuyo crédito no haya vencido, puesto que esta misma circunstancia impediría provocarla, sino por virtud de lo que haya ocurrido en otras reclamaciones que permitan suponer la imposibilidad de medios, por parte del deudor, para hacerlas efectivas.

Al fin en casi todos los artículos en que el Código habla del insolvente ó del estado de insolvencia se refiere á la falta de cumplimiento, por parte del obligado, de la responsabilidad contraída con el mismo acreedor de la deuda de que se trate; pero en el caso á que corresponde lo dispuesto en el artículo de que ahora me ocupo, lo hace, según acabo de indicar, con referencia á lo ocurrido con ocasión de otras obligaciones distintas de aquella á la cual ha de aplicarse lo preceptuado en dicho artículo.

En este aspecto en que el Código regula la situación del insolvente, siquiera sea para facilitar al acreedor, anticipando el ejercicio de su acción, el medio de evitar que otros acreedores puedan realizar en todo ó en parte sus respectivos créditos sin necesidad de juicio universal, no deja de aparecer, como decía, cierta contradicción entre lo dispuesto en este art. 1.129 con lo prevenido en el 1.127, y aun cierta falta de equidad ó de lógica, al menos, con la propia disposición que comprende el número primero de este mismo art. 1.129.

Previénese en el 1.127 que el término en las obligaciones á plazo se presume establecido en beneficio del acreedor y deudor, y sin embargo, á pesar de tan terminante disposición, se desatiende por completo en el 1.129 el be-

neficio del deudor, al punto de exponerle á que, por mucho que sea el tiempo que quede por transcurrir del plazo señalado, quepa comprometerle seriamente autorizando al acreedor á promover desde luego la ejecución contra sus bienes.

Y existe además falta de lógica ó de equidad en la referida disposición del artículo de que me estoy ocupando, porque no se comprende que se autorice, como al parecer se autoriza, al deudor á garantizar la deuda, precisamente cuando por la ley es reputado ya insolvente.

Esto permitiría creer que el legislador no califica la insolvencia por la carencia de bienes; es más, que el legislador permite al insolvente disponer de los que tenga, en perjuicio del acreedor cuya reclamación haya puesto de manifiesto la insolvencia del deudor.

Claro es que estas indicaciones surgen necesariamente como consecuencia de la falta de criterio legal acerca del concepto ó del estado de insolvencia. Mas no puede menos de comprenderse que si en realidad el deudor resulta insolvente, no cabe, ni aun á pretexto de garantizar una deuda no vencida, autorizarle á disponer de los bienes que quizás haya ocultado en la reclamación de alguna ya exigible y con las cuales pudiera ser atendido el crédito de esta última.

Mientras no se fijen las notas diferenciales entre la insolvencia y la situación llamada á provocar el concurso ó la quiebra, no es posible alentar las preferencias que el deudor pueda tener con alguno de sus distintos acredores.

Ó no atribuir efectos al hecho de la insolvencia mientras no la acompañen las circunstancias necesarias para provocar la declaración de la quiebra ó del concurso, ó, de atribuírselos con independencia de estas situaciones, no dar lugar á que el deudor, atendiendo ó garantizando á los unos, perjudique á los demás; y, aun esto mucho menos, cuando, según sucede en este artículo, se atribuye á la

insolvencia el efecto de anticipar el vencimiento de alguna obligación aplazada.

Así he creído igualmente necesario modificar (núm. 3.° del art 2.528 del Proyecto), acerca de este extremo, lo establecido, respecto á la garantía de la deuda, en el número 1.° del artículo á que vengo refiriéndome.

No es que rechace la posibilidad de evitar el deudor lo dispuesto en este artículo, obteniendo la garantía de su deuda. Lo que me propongo impedir es sólo que él mismo la pueda garantizar; en una palabra, que él mismo pueda presentar ú ofrecer bienes propios en garantía, cuando los haya ocultado ó no se le hayan encontrado en alguna ejecución dirigida contra el mismo. No es posible permitir que el deudor se erija en árbitro para resistir el pago de una deuda ya exigible, prestándose á garantizar otra que aún no lo es.

En buen hora que, mediante la intervención de un tercero, consiga la garantía; mas no se dé pábulo á que él resulte autorizado para proceder caprichosamente en la satisfacción de sus compromisos.

SECCIÓN TERCERA

De las obligaciones alternativas.

La doctrina que sobre dicha clase de obligaciones comprende nuestro Código Civil, ha sido casi enteramente reproducida en los artículos que dedica el Proyecto á la misma clase de responsabilidad. Las pequeñas variaciones que se observan responden principalmente al deseo de aclarar, en este punto, algunas dudas que ofrece su redacción en el Código; pues, por lo demás, puede decirse que la distinción resulta más bien en el enunciado por el que aparece la obligación alternativa como rama que el Proyecto comprende en cuanto al modo de cumplir la obligación (sección 3.ª del cap. II, tít. II, lib. III), y como

término opuesto al de las obligaciones conjuntivas, que en el Código no aparecen expresamente señaladas.

Probable es que el Código haya tenido presente, para semejante omisión, la circunstancia de constituir, en cierto modo, en la obligación conjuntiva, una verdadera totalidad como objeto especial ó exclusivo de la expresada obligación, las diversas prestaciones comprendidas en la responsabilidad.

Pero si ésta pudiera ser consideración atendible siempre que la obligación conjuntiva lleve consigo la simultaneidad en el cumplimiento, como condición de las diversas prestaciones que comprenda, toda vez que en tal caso la falta del deudor respecto de cualquiera de las mismas bastaría á determinar el incumplimiento de la obligación que alcanzare á todas, no puede serlo, sin embargo, cuando éstas deben ser realizadas sucesiva ó periódicamente y hay ocasión, no obstante, ajustada á la naturaleza y á las condiciones de la misma obligación, para que el incumplimiento de alguna de dichas prestaciones no implique necesariamente la falta de cumplimiento de la obligación ante la imposibilidad de que dejen de tener verdadera realidad los hechos mediante los cuales hayan sido realizadas las demás.

El valor jurídico de la obligación conjuntiva requiere, por lo menos en este punto, un régimen especial para fijar con precisión en qué términos se resuelve la situación creada por una obligación cumplida solamente en parte, ya sea para dar lugar á la rescisión ó á la mera indemnización por lo que haya dejado de realizarse, pero en todo caso para fijar en qué términos se caracteriza, desde el origen de esta clase de obligaciones el derecho del acreedor y el derecho del deudor, puntos acerca de los cuales contiene el Proyecto los tres primeros artículos, ó sea del 2.530 al 2.532, de la subsección en que trata de dichas clases de obligaciones; debiendo añadir, respecto á las al-

ternativas, que, salvo siempre las pequeñas modificaciones anteriormente indicadas, he considerado también de necesidad completar las disposiciones del Código con la doctrina que comprenden los artículos 2.538 y 2.540 del Proyecto.

SECCIÓN CUARTA

De las obligaciones mancomunadas y de las solidarias.

Reconoce por base esta clasificación el distinto vínculo que origina la obligación entre las personas de los obligados; pudiendo decirse, por esta razón, que unas y otras constituyen ramas diferentes de la materia relativa á la forma que pueden revestir las obligaciones, según el número de los obligados y el diverso alcance de su respectiva responsabilidad.

Así la mancomunidad como la solidaridad, contrayéndose al terreno de la responsabilidad, que es el propio y exclusivo de la obligación, concretándose, por tanto, únicamente al orden de la actividad comprometida, caracteriza lo que podría llamarse situación recíproca de las personas responsables, para el efecto de realizar con su concurso la utilidad de la obligación, señalando de esta suerte en qué ha de consistir la prestación de cada uno, para que se consiga el cumplimiento de la obligación común, y qué efectos ha de producir entre los mismos la realización, por uno solo ó por varios, de este mismo cumplimiento.

En este concepto, pues, la materia de las obligaciones mancomunadas y solidarias abarca propiamente dos extremos: el relativo á la utilidad de la obligación ó manera como por cada uno ó por todos ha de ser cumplida; y el referente al lazo ó vínculo jurídico que crea entre los mismos obligados, para regular, sin menoscabo de nadie, la necesaria cooperación de todos ellos.

Todo lo que no sea estos dos particulares, en los cuales

se encierra la verdadera materia de la obligación, ha de conducir forzosamente á invadir, con ocasión de su régimen, la esfera peculiar del derecho correlativo, que es y no puede menos de ser expresión genuina de la relación jurídica en que la obligación se haya engendrado; sobreviniendo con tal motivo una verdadera confusión entre la materia de la utilidad jurídica y la de los títulos de derecho, esto es: entre el orden de los bienes al que la obligación corresponde, y el que es peculiar de los hechos ó de las relaciones jurídicas al cual pertenece la determinación del derecho que es producto de las mismas.

Consecuencia de semejante confusión suele ser el tomar por sinónimo la misma obligación y la relación jurídica en que toma su origen; y no digo la confusión entre la obligación y los contratos, que es, por regla general, la que acostumbra á mostrarse con más frecuencia, presentando al efecto los Códigos el tratado de las obligaciones como base ó precedente de la contratación, porque es sabido que la convención ó el contrato está muy lejos de ser la única fuente de las obligaciones, y el mismo Código Civil no puede menos de reconocerlo explícitamente, según resulta en sus artículos 1.089 y siguientes, comprendidos en el título I de su libro IV.

Pero á pesar de esto, al tratar el Código de las obligaciones mancomunadas y de las solidarias en la sección de que ahora me ocupo, no se atiene simplemente, como correspondería á su propio epígrafe, á la responsabilidad mancomunada ó solidaria que caracteriza á cualquiera obligación de estas dos clases; extiende su régimen á los créditos ó derechos correlativos de dichas clases de obligaciones, para fijar, con ocasión de las mismas, la situación respectiva de los acreedores interesados en ellas, cual si la pluralidad de personas responsables ú obligadas hubiera de corresponder forzosamente á pluralidad de personas interesadas en el crédito ó derecho correla-

tivo de la obligación, y no fuera posible, de consiguiente, que en cuanto al número de interesados resultara ésta contrapuesta á su derecho respectivo, ó lo que es lo mismo, que siendo uno el acreedor sean muchos los obligados, y, por el contrario, que siendo muchos los acreedores sea uno solo el obligado.

Esta sencilla indicación revela claramente la diferente esfera en que se mueven el derecho y la obligación, así como no sólo la innecesidad de equiparar dichas esferas sometiéndolas á un mismo régimen, sino la precisión de tratarla con la debida separación, para que bajo ningún concepto se confunda lo que es peculiar del orden de la actividad libre ó derecho de los acreedores, y lo que concierne al orden de la actividad obligada ó situación jurídica de los deudores.

De otro modo, es difícil fijar claramente en qué consiste la solidaridad y la mancomunidad. Verdad es que aun la historia del derecho presenta frecuentes ejemplos de la perplejidad que ha reinado y sigue reinando en este punto.

¿Puede existir la solidaridad entre los acreedores, tratándose de una obligación individual ó particular, es decir, siendo uno solo el deudor ó el obligado? ¿Puede existir oposición ó haber verdadera distinción entre la mancomunidad y la solidaridad, tratándose solamente de pluralidad de acreedores, y, por consiguiente, cuando ésta no concurre por parte del obligado? La mancomunidad ó la solidaridad entre acreedores ¿ha de ser correlativa á la mancomunidad ó solidaridad entre los deudores?

Estas y otras cuestiones de índole análoga, que podría formular acerca de tan importante materia, nos llevan como por la mano á tener que decidir si la mancomunidad y la solidaridad deben ó no fijarse en consideración á la obligación ó en consideración al derecho, para poder

señalar si aquellas notas corresponden á clases distintas de obligaciones ó á distintas clases de derechos, ó son instituciones comunes á las unas y á los otros.

Claro es que si hubieran de corresponderse exactamente de parte del acreedor y del deudor, no existiría cuestión. Los acreedores serían solidarios cuando lo fuesen los deudores, y viceversa, é igualmente se daría la mancomunidad entre los primeros cuando ésta existiese también entre los últimos.

Nada más lejos de la realidad que semejante correspondencia. Esta podrá ser resultado de una coincidencia, no lo niego; pero no es, ni puede ser, una necesidad jurídica.

Lo esencial en este punto, y sobre todo tratándose como se trata del régimen dc las obligaciones, consiste en determinar si la obligación es una sola ó si son varias las obligaciones engendradas por algún acto ó relación jurídica.

Su unidad ó variedad, como se comprende, no depende ni puede depender del número de personas obligadas ó con derecho correlativo, sino de la unidad ó variedad del objeto en que se integra la utilidad de la obligación, y que, como es sabido, también se caracteriza fundamentalmente por la actividad comprometida, aparte del valor que para su realización pueda tener la concurrencia necesaria de un objeto ó cosa determinada.

Con relación á éste, ya recaiga la utilidad de la obligación en la de alguna cosa ó simplemente en la prestación de la actividad, es como se distingue especialmente ó se caracteriza indistinta ó conjuntamente la responsabilidad que informa la misma obligación.

No me ocuparé, por de pronto, de la responsabilidad que distintamente afecta á cada uno de los obligados; pues de sobra se comprende que de cualquier modo que surja la obligación, siendo diferente la responsabilidad, aquélla no puede menos de resultar fraccionada, mos-

trando más bien obligaciones diversas que una sola obligación.

Podrá haber habido unidad de acto en el origen de semejantes obligaciones, pero al fin la pluralidad de personas con responsabilidad distinta implicará siempre variedad, en lugar de conjunción, respecto á la necesidad jurídica que la obligación lleva consigo.

Cuando el Código trata, en la sección de que me ocupo, de las obligaciones mancomunadas y de las solidarias, prescinde completamente de esta situación en que la necesidad de la prestación activa se singulariza en una sola persona, ya responda á un fin igualmente particular (si es uno el acreedor), ya á un fin común (cuando los acreedores son varios).

El citado epígrafe del Código se refiere propiamente á la conjunción en la responsabilidad, y ésta únicamente puede darse cuando la necesidad jurídica inherente á la obligación afecta simultáneamente á todas y cada una de las personas responsables, á saber: cuando la responsabilidad es verdaderamente común y sobre esta característica de la obligación de todos se informa la variedad que separa á las obligaciones llamadas mancomunadas de las conocidas con el nombre de simples ó solidarias.

Hay, sin embargo, á mi juicio, cierta impropiedad de lenguaje en el referido enunciado del Código, porque no parece sino que en lugar de presentar dicha diversa manera de ser la obligación común, distinguiéndola al efecto en mancomunada y solidaria, se utiliza el concepto de la mancomunidad para relegar del derecho la responsabilidad común, siempre que no revista la forma de la solidaridad.

Así parece deducirse del contenido del art. 1.138 del Código, según el cual se reputan deudas distintas las respectivas porciones debidas por los comprometidos en

alguna obligación no constituída con el carácter de solidaria.

Hay, pues, en estos casos pluralidad de las obligaciones mediante el fraccionamiento de la utilidad representada por la llamada obligación, pero que más bien debiera denominarse relación, en cuya virtud se originó el respectivo compromiso de los distintos deudores.

Confundiendo en este punto el hecho jurídico, ó relación realizada mediante el concurso de todos, con la sujeción ó la responsabilidad de cada uno, que es la materia peculiar de la obligación, se estiman en principio, aunque no se respeten en realidad más que como una sola obligación, los diversos compromisos originados entre los distintos deudores.

Pues bien: si el efecto de semejantes obligaciones, llamadas mancomunadas, ha de reducirse únicamente á dar testimonio de la existencia de varias obligaciones particulares ó individuales; si en realidad, como decía, desaparece desde el momento de su origen la obligación única, para convertirse en el mismo momento en una serie de obligaciones, ¿no resulta manifiestamente que el carácter mancomunado de la obligación, según el Código, sólo tiene un valor meramente nominal, puesto que como obligación común no existe ni puede, por lo mismo, producir efecto jurídico alguno, limitándose á expresar tan sólo una fuente de responsabilidades individuales, en lugar de un estado especial (forma ó clase de la obligación) de la actividad comprometida?

He aquí otra consecuencia de la referida confusión entre la obligación y las relaciones jurídicas, pues fácilmente se comprende que en lo relativo á las fuentes de las obligaciones es tan sólo donde cabe tratar de la relación á que la obligación debe su origen.

Las distintas clases de obligaciones representan la variedad de estados de la actividad comprometida, ó, si se

se quiere, de la obligación objetivamente considerada, como que dan á conocer las diversas modalidades ó formas que la obligación puede revestir.

Pero en lo referente á sus orígenes es precisamente donde se ofrece la necesidad de atender á los distintos factores por los cuales surgen las relaciones jurídicas, bien en forma necesaria, si de la ley emanan, bien en forma voluntaria, si son resultado de la manifestación de la voluntad.

Decir, pues, como el Código dice (dicho art. 1.138), que la obligación mancomunada es simplemente la causa determinante ó el origen de varias obligaciones particulares, equivale á separar la vista del terreno jurídico de la obligación, para fijarla únicamente en el peculiar de la relación ó hecho jurídico que la produce, y del cual necesariamente vienen á ser resultado las distintas obligaciones en que se dice fraccionada, distribuída ó dividida la obligación mancomunada.

¿Qué valor, pues, puede tener esta expresión de la obligación de mancomún? ¿Cabe siquiera imaginar mancomunidad en la obligación sin mancomunidad en la responsabilidad?

Si no ha de haber nada común; si todos sus efectos han de alcanzar distinta y particularmente á cada uno de los obligados; si en esta forma de absoluta separación ha de entenderse el acreedor con cada uno de los deudores; si de esta suerte condicionan éstos diferentes fines del acreedor, y no un fin del mismo, informado sobre la base de la conjunción de la responsabilidad de aquéllos, dígase si no resulta enteramente inútil ó desprovisto de eficacia jurídica el enunciado de la llamada en el Código obligación mancomunada, y que más bien pudiera denominarse relación, en la que, por la concurrencia de varias, se originan, respecto de cada uno de ellos, obligaciones diferentes.

¿Cómo se explica que el Código haya acogido una clase de obligaciones que él mismo se encarga de poner de manifiesto que está enteramente desprovista de toda eficacia en el derecho?

Sólo dos circunstancias pueden explicar esta verdadera antinomia.

Por de pronto, la de no tratar el Código de la obligación individual ó particular, como si su propósito, aunque huyendo de este nombre, fuera el de dar á conocer la obligación individual por la obligación mancomunada, desde el momento en que, mediante su distribución en varias obligaciones individuales, resultan éstas como término contrapuesto á las obligaciones solidarias; pudiendo decirse, de esta suerte, que para el Código, en razón del sujeto obligado, sólo existen obligaciones individuales ú obligaciones solidarias, aun cuando las primeras puedan ser contraídas por acto distinto cada una, ó bien varias á la vez por virtud de un solo acto.

Claro es que, de haber sido este el propósito del Código, habría tenido en su mano manera más sencilla y más lógica de mostrar dicha situación, prescindiendo al efecto, para mayor sencillez, de la obligación mancomunada, con objeto de fijarse en la individual frente á la solidaria, y procurando, para proceder más lógicamente, caracterizar la primera de estas dos últimas, á fin de dar á conocer en qué consiste y qué efectos son peculiares á las obligaciones individuales y en qué se descompone la llamada obligación mancomunada.

Parecía natural que si, al fin, la llamada obligación mancomunada sólo había de servir para expresar la posibilidad de promover á la vez diversas obligaciones particulares, hubiera ante todo el Código regulado el régimen de estas últimas.

Pero, por lo visto, al decidirse el Código á incluir las llamadas mancomunadas en la clasificación de las obliga-

ciones, tendió principalmente á sustentar en nuestro derecho el criterio doctrinal que históricamente representa dicha denominación, que si es propiamente exacta tratándose de obligaciones colectivas, carece, por el contrario, de verdadera exactitud remitiendo su valor jurídico al que es correspondiente de las obligaciones particulares ó individuales.

La obligación mancomunada, como su mismo nombre expresa, indica responsabilidad común: responsabilidad, en cuanto es obligación; común, en cuanto por razón de la mancomunidad requiere pluralidad de personas sometidas á la prestación de que ha de depender el cumplimiento de la obligación constituída entre las mismas.

Es, pues, la mancomunidad en las obligaciones expresión de su carácter colectivo frente al singular ó individual de aquellas en que por un solo deudor y, por tanto, con responsabilidad exclusiva, se caracteriza la utilidad de la obligación.

En este sentido, hablar de obligaciones mancomunadas como expresión de diversas obligaciones individuales, equivale á desnaturalizar las primeras y á obscurecer el concepto de las últimas.

La obligación individual no es ni puede consistir en la división ó fraccionamiento de la obligación mancomunada.

No hay entre ellas un orden de sucesión que implique la serie por la cual la una derive de la otra. Hay, por el contrario, diversidad de naturaleza en su origen, por recaer su materia, ó en la responsabilidad exclusiva, particular ó privativa, ó en la responsabilidad colectiva, en totalidad ó meramente conjunta.

No es, sin embargo, este criterio, como queda dicho, el que traza nuestro Código Civil en lo relativo á la clasificación de las obligaciones por razón de la persona obligada.

En él la obligación colectiva no tiene otra expresión que la forma solidaria; y como, por otra parte, no regula la obligación individual, resulta, según decía, que la llamada obligación mancomunada la sirve sólo para establecer un origen ó fuente de obligaciones individuales, cuando éstas se establecen respecto á varias personas que quedan responsables de una misma cosa ó de una misma prestación.

En este sentido puede decirse que si bien el Código Civil trató de rectificar, en este punto, al Proyecto de 1851, que tomando por sinónimas la mancomunidad y la solidaridad, trataba de los efectos de esta última bajo la denominación de la primera, no por esto ha conseguido dar carácter propio á la obligación mancomunada. Se ha limitado simplemente á hacer lo mismo que el Proyecto de 1851, aunque con distinto nombre.

El Proyecto de 1851, llamando obligaciones mancomunadas á las verdaderamente solidarias, se ocupaba de estas últimas sin designarlas, empleando para su designación la referida expresión ó concepto de obligaciones mancomunadas.

En cambio el Código Civil vigente, llamando obligaciones solidarias á las que el Proyecto de 1851 denominaba mancomunadas, se ocupa de las mismas solamente bajo la expresión de obligaciones solidarias.

Lo que el Proyecto de 1851 hace bajo el concepto de la mancomunidad, el Código Civil lo hace igualmente bajo el concepto de la solidaridad.

En ambos la obligación colectiva no tiene otra expresión que la forma solidaria, quedando ésta, por lo mismo, como único término contrapuesto á la obligación individual, de la cual no se ocupan, sin embargo, ni el Proyecto de 1851, ni el Código Civil.

El Proyecto de 1851 hace, no obstante (art. 1.025), mera designación de la obligación individual. No la regula,

como queda dicho, pero en su mera designación confirma la contraposición en que, según hacía presente, colocaba á la obligación particular frente á la obligación mancomunada.

En el Código Civil el resultado es el mismo, aunque por otro proceso.

Tampoco se ocupa de la obligación individual, ni siquiera la nombra al hacer la clasificación de las obligaciones; pero como al fin, conforme también se ha referido, no atribuye otro efecto que el de dar origen á obligaciones distintas ó particulares, á las que llama mancomunadas, se ve que, desprovista esta designación de verdadero valor jurídico para el efecto de presentar una forma ó clase especial de obligaciones, queda la obligación particular ó individual como único término opuesto á la obligación solidaria, que es precisamente lo que había establecido el referido Proyecto de 1851.

Así, aunque el Código Civil ha intentado presentar á la mancomunidad como término opuesto á la solidaridad, si se atiende al epígrafe de la Sección en que se ocupa de esta clase de obligaciones, en el fondo, atendiendo á las disposiciones que comprende la mencionada sección, resulta la misma distinción, entre lo individual y lo solidario, que aparecía en el Proyecto de 1851, habiéndose valido para ello del recurso de designar con el nombre de mancomunadas á las solidarias en el Proyecto de 1851, y de llamar mancomunadas á las individuales en el Código Civil, pudiendo decirse con tal motivo que el concepto de la mancomunidad es á la obligación solidaria en el Proyecto de 1851 lo que aquel mismo concepto es á la obligación individual en el Código Civil.

Véase qué confusión de conceptos jurídicos entraña semejante anomalía, al comparar entre aquel Proyecto y el Código sólo el referido término (ó sea por razones del sujeto) de la clasificación de las obligaciones.

¿Cómo se comprende que un cuerpo legal que había de inspirarse en el Proyecto de 1851 y unos trabajos jurídicos, así el Código como aquel Proyecto, llamados á condensar la doctrina del derecho patrio, resultaran tan diametralmente opuestos respecto al concepto de la mancomunidad, que en el uno resulta sinónimo de la obligación colectiva y en el otro sinónimo de la obligación individual?

Sólo la perplejidad que puede decirse reina en orden á las obligaciones colectivas puede explicar semejante anomalía, á causa de las vicisitudes por que ha pasado esta institución en la historia.

Desde el formalismo romano al régimen de la libertad en la forma de establecerse las obligaciones, media una distancia tan considerable, que no son de extrañar las transformaciones que con el tiempo ha debido experimentar esta materia jurídica.

Si la congruencia necesaria en la estipulación hubo de condensar al principio, en la forma solidaria, la materia propia de las obligaciones colectivas, no podía esto perpetuarse á medida que el régimen de libertad pugnara por triunfar en la esfera del derecho.

La misma legislación romana hubo ya de sufrir este influjo para atribuir al pacto, siquiera fuese á manera de excepción, verdadero valor jurídico en la obligación colectiva que no resultase caracterizada por la forma solidaria.

Aunque ésta pudiera ser también resultado de expresa estipulación acerca de sus efectos, cimentábase principalmente en la presunción que llevaba consigo el rigorismo jurídico, por la mera congruencia propia de la estipulación.

Si con el tiempo fué posible también que la obligación colectiva revistiese otra forma diferente, á saber, la mancomunada ó á prorrata, necesitando para ello la conven-

ción expresa, no cabía extender su esfera por virtud de presunción.

Podía decirse, por consiguiente, que la obligación solidaria constituía la regla general ó informaba el género de las obligaciones colectivas, quedando, por el contrario, la mancomunada ó á prorrata reducida á ser, por decirlo así, la excepción, ó constituir únicamente la especie en el orden de dicha clase de obligaciones.

Mas no se entienda por esto que en esta oposición interior, que en materia de obligaciones colectivas representaban en aquel derecho la solidaridad y la mancomunidad, cupiera, á pretexto de esta última, estatuir verdaderas obligaciones particulares ó individuales.

La mancomunidad, aunque expresa y característica de una especie de obligaciones, no se substraía á la acción del carácter colectivo que constituía propiamente su género.

No era, ni podía ser, expresión, en una forma jurídica, de varias obligaciones distintas; lejos de ello, era expresión de una sola obligación, que aunque recayendo sobre varios y alcanzándolos por consiguiente en el todo de la utilidad de la obligación misma, colocaba á los responsables, mediante pacto expreso, ya respecto al acreedor, ya respecto á los mismos obligados, en condiciones diversas de aquellas por las cuales la obligación civilmente solidaria, á la vez que autorizaba para reclamar directa ó exclusivamente de cualquiera responsable la totalidad de la obligación, no permitía distribuir entre los obligados el alcance de la responsabilidad común sin la oportuna cesión de acciones que obtuviera el que hubiese cumplido la obligación ó satisfecho la totalidad de la deuda.

¿Cómo había de conseguirse que no obstante ser común la responsabilidad entre distintas personas y poder, á virtud de ella, pesar sobre cada responsable la totalidad de la obligación, asegurando de esta suerte al acreedor la

integridad de su derecho correlativo, no cupiera, sin embargo, hacerlo efectivo del mismo modo directo y exclusivo que es peculiar de la obligación solidaria?

La contestación es bien sencilla.

En la relación directa entre el acreedor y cualquiera de los obligados, cabía interponer condiciones referentes al ejercicio de la acción de aquél contra estas últimas; bien fueran dichas condiciones relativas á circunstancias especiales de alguno ó de varios de los obligados, bien hicieran relación á la insolvencia de cualquiera de los mismos, bien alcanzaran á la necesidad de limitar, ante todo, en forma parcial ó fraccionaria, la reclamación del acreedor contra cada uno de ellos.

Estas y otras circunstancias en razón de las cuales se constituyera expresamente la obligación colectiva, traduciendo con tales variantes la responsabilidad común, á diferencia de la que solidariamente reviste la obligación colectiva cuando es constituída simplemente, debieron dar lugar á que, según indicaba, la primitiva unidad de forma (la solidaria), en la obligación colectiva se desenvolviera admitiendo á la vez la forma mancomunada, expresiones ambas de la obligación común y opuestas, por lo mismo, á la obligación individual ó particular.

He aquí lo que al parecer mostró ya, acerca de este punto, en nuestro derecho la legislación de las Partidas (Ley 8.ª tít. XII, Partida 5.ª), según la cual, "la obligación que muchos homes facen en uno pueden ser, ó bien obligándose cada uno de ellos en todo de guisa que pueda demandarse á todos, ó cada uno por sí toda la debda, é pagando el uno son quitos los otros: ó bien diciendo simplemente que se obligan á dar ó facer tal cosa, en cuyo caso, *si todos son valiosos* para poder pagar á la sazon que se demanda la debda, sólo pueda demandarse á cada uno de ellos cuanto le cupiere de su parte; pero entendiéndose que si algunos fuesen tan pobres que non hubiesen de que

pagar aquella parte que les cabe, entonce los otros que hobiesen de que lo facer, quier fuesen uno ó muchos, son tenudos de pagar toda la debda principal, ó de cumplir aquella cosa que fiaran".

Mostrábase, pues, la obligación colectiva en la distinta variedad que ofrece la ley que acabo de extractar, á saber: como plenamente solidaria, ó como expresando una responsabilidad común, en que su alcance por la totalidad de la obligación dependía de circunstancias especiales respecto á cada uno de los obligados.

Había, pues, en esta última forma de la obligación colectiva verdadera mancomunidad entre las personas responsables, sin ser la obligación simplemente solidaria; y aparecía de esta suerte la indicada separación de orden, por decirlo así, interior entre las obligaciones colectivas, que demandaba del legislador la debida determinación de cuál de ellas había de constituir la regla general, llevando al efecto en sí la presunción legal de su existencia, y cuál, por el contrario, habría de ser solamente resultado de expresa manifestación de voluntad entre los interesados en su constitución.

En este punto, la mencionada ley del Código de las Partidas, oponiendo la simple dicción de la obligación común, como expresión de la forma mancomunada ó á prorrata, frente á la responsabilidad solidaria de la obligación en que cada uno se comprometiese por todo, parecía dar á entender que esta última requería convención ó pacto expreso, á diferencia de la primera, en la cual, sin obligarse cada uno por el todo, la simple manifestación de quedar varios obligados á dar ó hacer alguna cosa, no obstante imponer á cada uno ante todo su responsabilidad en parte, comprometía á todos á hacer efectiva la totalidad de la obligación cuando alguno no pudiera contribuir con su parte correspondiente.

En esto la legislación de Partida parecía haber modifi-

cado el criterio que en cuanto al valor jurídico de la mera presunción con la obligación colectiva había presidido en el antiguo derecho romano.

Ya no era propiamente la obligación solidaria la regla general para mostrarse la mancomunidad como excepción de dicha regla. Era, por el contrario, esta última la que aparecía como norma constante y genérica para que, como simple especie derivada de pacto expreso, resultara en su caso la obligación solidaria.

Sin duda con motivo de esta variación llegó á ser tema de discusión en las escuelas, si en materia de obligaciones colectivas correspondía lo genérico á la mancomunidad y lo específico á la solidaridad, ó por el contrario, si la solidaridad era expresión del género y la mancomunidad sólo manifestación de la especie.

De todos modos, no creo que esta circunstancia haya de tener verdadero valor práctico.

Entiendo que lo genérico en esta materia es el carácter colectivo de la obligación, en una palabra, la unidad del vínculo que ésta entraña por la conjunción de la responsabilidad de diferentes personas, y que, por tanto, son especies distintas de dicho género así la obligación mancomunada como la obligación solidaria.

Por esto no puedo menos de considerar que cuando la Novísima Recopilación estableció la doctrina contenida en la ley 10, título I, libro X, más bien tuvo por objeto hacer cesar las dudas acerca de la *forma* de obligarse, que podían surgir con motivo de lo establecido por la legislación de las Partidas, que alterar el *fondo* ó naturaleza peculiar de la obligación contraída por varias personas, fijando al efecto, entre la obligación mancomunada y la solidaria, en favor de cuál de ellas establecía la presunción legal cuando la solidaridad no estuviese expresamente establecida por contrato.

No ha sido este, sin embargo, el criterio que ha preva-

lecido respecto á la inteligencia de la ley de la Novísima. Se ha sustentado, por el contrario, la idea, que es forzoso convenir que cada vez ha adquirido mayor consistencia, de que la mencionada ley de la Novísima Recopilación vino á desnaturalizar la obligación mancomunada, rechazándola abiertamente del orden jurídico para calificarla de mera agrupación ó conjunto de obligaciones enteramente distintas, y por lo mismo particulares ó individuales.

La ley de la Novísima no dijo que cuando dos se obligan sin expresar que lo hacen *in solidum* contraen dos obligaciones diferentes, sino que de la obligación que en este caso contraen son responsables por mitad; y como que la responsabilidad por mitad, sin constituir obligación distinta, ó sea si ha de subsistir como una sola la obligación contraída por dos, sólo puede ser estimada en el sentido de que el todo de la obligación deba hacerse efectivo contribuyendo cada obligado por su parte, pero á condición de hacerlo en el todo si los demás se encontrasen imposibilitados de contribuir con lo que á cada uno corresponda, fácilmente se descubre que al separarse de esta inteligencia la doctrina jurídica elaborada sobre la base de la citada ley de la Novísima Recopilación, hubo de encaminarse francamente á afirmar, según decía, que la obligación contraída por varios, no siendo en forma solidaria, dejaba de ser una sola obligación para convertirse en una serie ó variedad de obligaciones particulares ó individuales.

Si la ley de la Novísima hubiese dicho que la obligación contraída por varios simplemente por contrato ó en otra manera alguna, pasaba á ser por ese solo hecho una agrupación de obligaciones diferentes, sin lazo alguno entre los obligados, decididamente podría atribuirse á la ley la transformación desde entonces operada en la obligación de mancomún. Y digo desde entonces porque,

62

según he expuesto también, lo mismo los glosadores que las escuelas jurídicas y aun el derecho positivo posterior á dicha época se han pronunciado en este sentido, partiendo del supuesto de que la ley hubiese dicho lo que acabo de indicar.

He aquí el camino por donde ha venido á establecerse, tanto en el Proyecto de 1851 como en el vigente Código Civil, aquel criterio confuso é inadecuado con que la obligación mancomunada, ó se toma por sinónima de la solidaria y por opuesta á la individual (artículos 1.025 y 1.056 del Proyecto de 1851), ó se considera opuesta á la solidaria, pero como simple expresión de varias obligaciones individuales.

Lo cierto es que en esta diversa acepción desaparece por completo la obligación mancomunada. Se ve claramente, de un lado la obligación solidaria, de otro la obligación individual, aun cuando la utilidad de esta última se concrete á una parte ó simple componente de una cosa de que varios se hayan hecho responsables. Pero lo cierto es también que la necesidad de hacer efectivo el todo de una obligación mediante la concurrencia ó conjunción de las respectivas partes de cada uno de los obligados, y á reserva, por tanto, de completar entre todos, por insolvencia de algunos, la integridad de la obligación misma, no aparece regulada en ninguna parte, ni resulta siquiera estimada como forma posible de la libertad para ser establecida por expresa convención.

No desconozco que ante esta especie de limitación tácita puesta por la ley á la libre contratación se invocará quizás el art. 1.138 del Código Civil, en el que impropiamente se habla del texto de las obligaciones (en lugar de referirlo á las convenciones ó relaciones por las cuales la obligación se origina); mas es de advertir que ni en dicho artículo ni en otro alguno de los que contiene la sección 4.ª (capítulo III, título I, libro IV), destinada á tratar

de las obligaciones mancomunadas y de las solidarias, se regula forma alguna de obligación colectiva distinta de la solidaria, después de haber establecido que se reputan deudas y créditos distintos unos de otros las responsabilidades parciales de las obligaciones no solidarias.

Hay en este punto, como se ve, sólo la afirmación de términos absolutamente opuestos: ó la obligación individual de alcance, caracterizada por la porción ó parte de alguna deuda contraída por dos ó más, ó la obligación solidaria, en que cada uno es responsable de la totalidad de la deuda. Es decir, el todo ó nada: el todo como expresión de la obligación colectiva, y, por el contrario, nada de obligación colectiva para llevar la responsabilidad parcial sólo al terreno de la obligación individual.

¿Qué queda, pues, del concepto de la obligación mancomunada si ésta ha de ser, según aparece del citado epígrafe del Código, distinta de la solidaria?

He aquí por qué decía que en el sistema del Código la obligación mancomunada desaparece; es más, que al hacerla desaparecer se atenta á la libertad de contratación, á menos de admitir que el citado art. 1.138 del Código no se refiere simplemente, según resulta de sus términos, á la posibilidad de que los interesados establezcan proporciones desiguales ó distintas de la proporción de igualdad, cuya presunción establece dicho precepto legal, sino que se extiende también á la posibilidad de que entre ellas se establezca su respectiva responsabilidad, de manera que ni constituya una obligación distinta ó individual para cada uno, en su participación correspondiente, ni tampoco una obligación total ó solidaria respecto á cada uno de los mismos.

Sólo admitiendo este último extremo como inteligencia del mencionado artículo es como puede considerarse que el Código atiende á la obligación mancomunada, á modo de una forma intermedia entre la obligación individual y

la solidaria; pero sin que el legislador señale acerca de ella nota alguna característica, sino haciéndola depender necesariamente de convención expresa, y con tal indeterminación en su régimen, que pueda decirse con verdad que, según el Código, es obligación mancomunada lo que los interesados quieran ó toda forma por la que, modelando su responsabilidad común como tengan por conveniente, ni resulte su obligación individual ni tampoco solidaria.

Este medio socorrido por el cual se rehuye toda determinación en cuanto al régimen de alguna institución jurídica, no puede menos de recordarme, entre otros asuntos, lo que hacía presente cuando me ocupaba del usufructo en este mismo volumen, porque ya entonces hube de indicar, con ocasión del art. 467 del Código, que por no atreverse á calificar al usufructo de verdadero derecho, vino á admitir que por usufructo se entienda lo que los interesados tengan por conveniente establecer.

De todos modos entiendo que, aun cuando el Código realmente se hubiera propuesto entregar la determinación de la naturaleza y efectos de la obligación mancomunada exclusivamente al criterio de cuantos tuvieran interés en el establecimiento de alguna responsabilidad común, debía, por lo menos, haberlo así consignado claramente y no de un modo hasta cierto punto indirecto, y vergonzante, como resultaría admitiéndolo en la inteligencia del artículo 1.138 del Código; por más que estimo, según ya dejo indicado, que no cabe suponer semejante inteligencia, toda vez que aparecería contradictoria con el principio de que las deudas parciales, ya emanen de la presunción, ya de lo que el Código llama *texto de las obligaciones,* deban reputarse como deudas distintas unas de otras.

Entiendo más aún; pues además de franquear el legislador la posibilidad de que los interesados establezcan expresamente la obligación mancomunada, ha debido se-

ñalar siquiera alguna nota característica ó distintiva que permitiese calificar de tal (á diferencia de la simple obligación y de la solidaria), lo que al efecto establecieren los obligados.

Sólo haciéndolo así, el Código habría llenado la necesidad de presentar en todo cuerpo legal lo que es privativo de cada una de las instituciones que comprende, y de responder al criterio del derecho patrio, en el cual, desde las Partidas, resultaban perfectamente dibujadas las tres instituciones que en este punto, relativo á la clasificación de las obligaciones por razón del sujeto obligado, muestran las diferencias que separan la responsabilidad singular, la responsabilidad común no solidaria y la responsabilidad común solidaria, ó, lo que es lo mismo, la obligación individual, la colectiva mancomunada y la colectiva solidaria; puntos todos que aparecen en el Proyecto que acompaño formando el contenido de las subsecciones primera y segunda de dicha clasificación, aun cuando haya procurado, según resulta del art. 2.474 del mencionado Proyecto, atenerme al criterio de que la obligación mancomunada deba derivar de manifestación expresa, para corresponder de esta suerte al indicado sentido que, aunque tímidamente, parece resultar de nuestro Código Civil, conforme á la inteligencia que antes del mismo se había atribuído á la ley 10, tít. I, lib. X de la Novísima Recopilación.

Artículo 1.137.—El contenido de este artículo es una muestra más de la confusión ó perplejidad que existe en materia de obligaciones colectivas.

Sus mismas palabras envuelven un verdadero contrasentido.

Decir que la concurrencia de dos ó más acreedores, ó de dos ó más deudores *en una sola obligación* no implica el derecho ó la responsabilidad en la integridad de su objeto, más que cuando expresamente se determine consti-

tuyéndose la obligación con el carácter de solidaria, y añadir á renglón seguido, en el artículo inmediato, que las obligaciones contraídas por varios, no siendo solidarias, se reputan deudas distintas, bien mediante presunción de igualdad, ó bien mediante otra proporción si resulta del texto de las mismas obligaciones, equivale, como indicaba ya anteriormente, á no admitir más obligaciones que las individuales ó las colectivas solidarias, y afirmar, de consiguiente, que la obligación colectiva ó en que concurran dos ó más obligados, únicamente constituye una sola obligación cuando reviste la forma especial de la solidaridad.

Si, según el art. 1.138, no pueden constituir una sola obligación, sino obligaciones distintas, aquellas que se originan por la concurrencia de dos ó más deudores, no siendo en forma solidaria, ¿cómo es posible que haya una sola obligación entre varios que no sean deudores solidarios, según se desprende de la primera parte de dicho artículo 1.137?

Con arreglo á la primera parte de este artículo, el Código da por supuesto que puede existir una sola obligación sin que los obligados sean deudores solidarios. Así lo confirma una vez más en su segunda parte, exigiendo que para ser solidarios exista sobre ellos manifestación expresa; y, sin embargo, en el artículo siguiente desautoriza dicha doctrina al establecer que las obligaciones á que se refiere el artículo anterior se reputan deudas ó créditos distintos unos de otros en cuanto á la parte igual ó porción proporcional de cada uno de los obligados.

¿Dónde está, pues, la obligación única respecto á varios responsables que no lo sean solidariamente? No se descubre en ninguna parte; pues si los responsables son varios, sin serlo solidariamente, se reputan comprometidos por obligación distinta, ó sea individual ó particularmente (dicho art. 1.138).

Por esto indicaba que el art. 1.137, ó revela contrasentido, ó una lamentable confusión respecto al verdadero concepto de la obligación colectiva.

Pero no es sólo esto lo que da á conocer la referida confusión que existe en el Código acerca de este punto. Lo revela igualmente la circunstancia de referirse á los que llama acreedores, como si fuera una misma cosa el crédito y la deuda, en una palabra, la obligación y el derecho correlativo.

No parece sino que el Código entiende que la naturaleza colectiva de las obligaciones, ya en forma mancomunada, ya en forma solidaria, no depende exclusivamente de las circunstancias de la responsabilidad, sino que puede ser caracterizada por las del crédito ó derecho á que dicha responsabilidad sirva de condición.

Al parecer, el Código entiende que aunque sea uno solo el deudor ó responsable de alguna obligación, ésta se reputará colectiva por el hecho de que sean dos ó más los acreedores.

Como esto equivaldría á que las condiciones del crédito, y no las de la responsabilidad, determinen la naturaleza de la obligación, no puedo menos de considerar equivocada esa necesaria correspondencia entre los créditos y las deudas que parece deducirse de los términos del Código, pues entiendo que siendo una deuda individual, puede ser colectivo el crédito, y, por el contrario, que siendo individual ó particular el crédito, puede la obligación ser colectiva.

Lo que podrá suceder es que, tanto las obligaciones individuales como las colectivas, pueden ser correlativas de créditos en que haya mancomunidad entre los acreedores.

Pero esto (ó sea dicha mancomunidad) que afecta únicamente á lo que puede llamarse la reciprocidad de relaciones entre los interesados en un crédito, en nada altera

la naturaleza de la obligación mientras la responsabilidad del deudor, ya respecto á uno ó relativamente á todos, esté, como no puede menos de estar, determinada por las condiciones respectivas de la obligación particular, si el obligado es uno solo, ó de la obligación colectiva, mancomunada ó solidaria, cuando sean dos ó más los obligados ó responsables.

El régimen, en materia de obligaciones, ha de informarse siempre en razón de las condiciones y circunstancias de la responsabilidad. De otro modo, ni el régimen sería de las obligaciones, sino de los créditos ó derechos, que es asunto peculiar de la materia de los hechos ó relaciones jurídicas, ni estaría llamado á formar parte del tratado de los bienes, ni se concretaría á la esfera de la actividad comprometida para señalar, según sus diversas modalidades, las distintas clases de obligaciones.

Así, pues, ni debe depender la naturaleza de la obligación de las condiciones del derecho correspondiente á la persona ó personas á cuyo favor haya sido establecida, ni mucho menos circunscribirse el valor jurídico de la obligación colectiva á la conocida con el nombre de solidaria; pues precisamente por extenderla igualmente en el Proyecto á la forma mancomunada, regulando ésta á su vez, sin perjuicio de la libertad de los interesados en su constitución, he podido, en el Proyecto que acompaño, transcribir casi literalmente el artículo del Código de que me estoy ocupando, cuya doctrina, si resulta en el Código un verdadero anacronismo, guarda en el Proyecto perfecta armonía con su respectivo sistema.

Artículo 1.138. — Expuesta queda, al ocuparme del epígrafe de la sección en que el Código contiene este precepto legal, la parte más substancial de lo que por el mismo se establece.

La descomposición de la obligación colectiva en una pluralidad de obligaciones particulares ó individuales,

que trae naturalmente como consecuencia la privación de valor jurídico á la obligación llamada mancomunada, para reducir la clasificación de las obligaciones, en razón del sujeto obligado, á los dos términos opuestos de la obligación individual y de la obligación solidaria; es propiamente lo que más llama la atención al fijarse en este precepto del Código. Él, por sí solo, da la clave del sistema seguido en esta clasificación.

No he de repetir, por lo mismo, lo expuesto acerca de este propósito.

Prescindiendo, pues, de este punto fundamental, y fijándome tan sólo en la redacción de dicho articulo, desde luego se echa de ver que tampoco corresponde á un criterio claro acerca de las obligaciones.

Háblase del texto de las obligaciones como si éstas no constituyeran un estado de la actividad comprometida y fueran, por el contrario, la relación jurídica de que sólo son derivación ó consecuencia.

La obligación no tiene texto ni puede tenerlo. El texto, la expresión, el título ó documento por el cual se formaliza toda manifestación de derecho, es propio ó peculiar del hecho ó de la relación jurídica que por el mismo se origina. Las condiciones de ésta son las que fijan la naturaleza y alcance de las obligaciones que se producen; pero siempre la norma para su determinación ha de ser el texto de la relación.

No llamaría ciertamente la atención sobre este particular, que al fin, como se ve, se reduce simplemente á cambiar por el texto de la relación lo que llama el Código el texto de la obligación, si no fuera, como ya he tenido ocasión de manifestar, que constantemente se confunde la obligación con la relación, siendo así que ésta, en lugar de ser, como aquélla, expresión de la actividad comprometida, es, por el contrario, una manifestación de la libre actividad.

Es más, tómase la obligación como sinónima de crédito, ó, por mejor decir, del derecho correlativo, como si éste, en cuanto á la utilidad de sus respectivos interesados, no tuviera, ni pudiera tener, otro régimen que el de la responsabilidad entre los deudores ó comprometidos por la obligación.

Una cosa es el crédito, otra es la deuda. Cada uno de estos elementos tiene en el orden jurídico un valor completamente distinto, y por esto los términos en que se convierten los interesados en el primero pueden ser completamente distintos de aquellos en que se establezca la conjunción en la responsabilidad de los interesados en la deuda.

El lazo entre los acreedores no ha de ser necesariamente ni idéntico; ni análogo siquiera al que exista entre los deudores. Puede muy bien suceder, como decía, que la pluralidad entre los primeros corresponda á la singularidad en los últimos, y viceversa. Por esto precisa considerar que si no ha de confundirse la obligación con la relación, el régimen de aquélla ha de limitarse únicamente á la esfera de la responsabilidad, sin que por la pluralidad de personas responsables haya de sobrevenir necesariamente la pluralidad de créditos mediante igual distribución del derecho de los acreedores, que la que se halle establecida respecto á la deuda ó la responsabilidad entre los deudores.

De sobra se comprende que en un crédito pueden estar interesados mayor ó menor número de personas que el de aquellas á quienes alcance la deuda ó la responsabilidad.

¿Cómo cabe, pues, que al originarse el fraccionamiento ó distribución á que hace referencia el artículo de que me ocupo, se conviertan ó correspondan las participaciones que origine dicha distribución, de manera que á cada deudor corresponda su respectivo acreedor? ¿Es que en este

caso la distribución de la responsabilidad entre los deudores, originando por ella deuda distinta en cada uno, llevará consigo el que todos los acreedores tengan sobre cada deudor una participación en la obligación respectiva, ó sea en la deuda de este último?

Aun tratándose de un solo acreedor, la división de la responsabilidad entre sus deudores hasta el punto de caracterizar en cada uno deuda diferente, produciendo con tal motivo, según decía, varias obligaciones individuales ó particulares en lugar de la obligación común, ha de ofrecer verdaderas dificultades para el caso en que sea preciso reclamar á fin de conseguir la realización de semejante clase de créditos, no obstante lo prevenido en el artículo 156 de la ley de Enjuiciamiento civil; pues es sabido que éste exige, para la acumulación ó ejercicio simultáneo de las acciones á que hace referencia, que haya unidad en el título ó en la causa de pedir, lo cual tendría lugar si, no produciéndose esa disgregación que preceptúa este artículo del Código, subsistiera con carácter común la responsabilidad, puesto que al fin entonces se trataría de una sola obligación, y no de muchas y á su vez distintas unas de otras.

Artículo 1.141. — El contenido de este artículo tiene, adoptado en su párrafo primero, un criterio que, á mi juicio, necesita de alguna rectificación.

Estableciendo en absoluto que cada uno de los acreedores solidarios puede hacer lo que sea útil á los demás, pero no lo que les sea perjudicial, parece como que pone en manos de cualquiera de los acreedores solidarios la extinción de la obligación del deudor y, por consiguiente, la desaparición del crédito por cualquiera de las causas que sirven para la extinción de las obligaciones.

Claro es que en cualquiera de estos casos, realizada, por decirlo así, la utilidad de la obligación por uno de dichos acreedores, quedará éste responsable para con sus

coacreedores de la participación que á cada uno corresponda en el crédito común.

Pero ¿puede serle indiferente á cualquier acreedor solidario sustituir su derecho á reclamar del deudor por la responsabilidad que con él contraiga cualquiera de sus coacreedores, con motivo de haber dado lugar á la extinción de la obligación del deudor?

Compréndese que esta sustitución de responsabilidad tenga lugar cuando realmente se haga efectiva, por el pago ó cumplimiento de la obligación, la verdadera utilidad común en que consiste el crédito de todos los acreedores.

Mas equiparar esa utilidad común con la particular ó de pura conveniencia personal del acreedor que dé lugar con sus actos á la modificación ó alteración de la obligación del deudor, es, no sólo separarse del fundamento en que descansa la existencia de un derecho común (informado, por lo mismo, en la cooperación y en el interés de los partícipes del mismo), sino exponer á fraudes á los interesados en algún crédito de dicha naturaleza.

Podrá decirse que para esto puede cada uno de los acreedores solidarios ser diligente en la realización del crédito, á fin de no dar lugar á que puedan afectarle las consecuencias de los actos de otro que sea más diligente. Pero es de advertir que si la razón de mayor ó menor diligencia puede ser invocada tratándose de la realización, no así cuando se trata de la novación ó modificación ú otras causas análogas por las cuales pueden ser extinguidas las obligaciones.

Para cualquiera de estas últimas siempre queda en derecho la facultad de entenderse con el deudor, llevando á efecto por un nuevo acto jurídico la modificación ó alteración de que se trate, mas no así en lo relativo á la realización del crédito, para la cual, ó tendrá plazo, ó de algún modo cabrá determinar el vencimiento ó momento desde

el cual haya posibilidad de exigirlo, siendo esto último precisamente lo que todos y cada uno de los acreedores pueden tener en cuenta para obrar con la mayor diligencia.

Por esto he considerado que era necesario distinguir los actos relativos á la realización, de aquellos referentes á cualquiera otra causa de extinción de las obligaciones, pues de otro modo es evidente el peligro de confabulaciones.

Así resulta de lo establecido en los artículos 2.495 al 2.497 del Proyecto que acompaño, y muy señaladamente del contenido de este último, por el que se consigna explícitamente que al mantener la doctrina del Código (en dicho art. 1.141) para que cualquiera de los acreedores solidarios pueda hacer lo útil á los demás pero no lo que les sea perjudicial, se entiende sólo en lo que es y debe ser función de todos y de cada uno de dicha clase de acreedores, á saber: la realización del crédito común, pero no en lo demás, sobre lo cual, no habiendo acto colectivo de los mismos, únicamente puede ser inspirado ó corresponder al intés particular del que verifique el acto de que se trate.

Artículos 1.143 y 1.146. — He aquí dos artículos que presentan en cierto modo una contradicción con la doctrina admitida implícitamente en el primero de los mismos.

Es más: entiendo que aun esta doctrina, sobre ser peligrosa, está asimismo en oposición con el principio en que se informa el artículo anterior (1.142).

Ya decía hace poco que la mayor ó menor diligencia de los acreedores mancomunados puede ser asunto de verdadero interés en lo relativo á la realización de su crédito; como que, según sea su diligencia, pueden dar lugar á que haya de ser simultánea entre varios, ó que baste la gestión de uno solo para realizar el crédito que á todos corresponde.

La ley en esto quiso respetar el perfecto derecho de todo acreedor á reclamar la deuda cuando llegue la oportunidad de hacerla efectiva. Si uno pide antes que los demás, no puede hacerse separadamente el pago á cualquiera de estos últimos.

¿Por qué esta doctrina, tan correcta en lo referente á la realización ó cobro de la deuda, ha de desnaturalizarse al tratar de la extinción de la obligación por cualquiera otra causa distinta del pago ó del cumplimiento?

He aquí la razón que no se descubre con claridad, al admitir el art. 1.143 que la novacción, compensación, confusión ó remisión de la deuda hecha por cualquiera de los acreedores solidarios extinga la obligación.

Para todos estos actos, que unos son voluntarios y otros, como la confusión, vienen á resultar de carácter necesario, la ley parte del supuesto de la singularidad en el crédito, no sólo dejando, sino autorizando expresamente que cada acreedor pueda proceder distinta y separadamente de los demás, hasta el punto de sustituir con su responsabilidad la del deudor ó deudores, y ligar de este modo la suerte de los demás coacreedores á lo que alguno de ellos haga por su particular conveniencia.

El rigor de esta doctrina puede tener su fundamento en el rigorismo del derecho romano respecto á la obligación solidaria. Pero mantenerlo cuando se ha modificado la situación de los coacredores de tal manera que se reputan, no obstante la solidaridad de la obligación, parcial ó totalmente interesados en el crédito común, en que ya no necesitan la condición de socios para la recíproca responsabilidad de cuanto realicen por su crédito, es propiamente mantener una situación que no está ya en armonía con el criterio en que se cimenta el interés común de los acreedores en su crédito correlativo de alguna deuda ú obligación solidaria.

Al fin en la realización del crédito, como decía, todos

se hallan legalmente apercibidos de la oportunidad que cualquiera de ellos puede obrar.

Pero para lo que sea la modificación del crédito, bien por novación, compensación, remisión, etc., no hay propiamente norma que pueda servir de regulador á los diversos interesados en el crédito, porque en cualquier momento cabe que alguno de ellos se entienda con el deudor ó deudores responsables.

Si el interés en el crédito es colectivo, haciéndoles al efecto partícipes del mismo, colectivos deben ser los actos por los cuales pueda darse lugar á la modificación ó extinción de la obligación correlativa.

Esto es, á mi juicio, lo verdaderamente equitativo y lo que al propio tiempo impide que se sacrifique el interés común, relativo á la realización del crédito, al interés particular ó privado de cualquiera de los acreedores para su modificación.

He aquí la reforma que he introducido por el art. 2.495 del Proyecto, considerándola tanto más indispensable cuanto que, sobre evitar las confabulaciones ó fraudes á que pudiera dar ocasión la referida sustitución de la responsabilidad del deudor por la del acreedor que con este último haya modificado ó extinguido la obligación, evita igualmente la contradicción en que, según decía, resulta también respecto á los deudores solidarios, dicho artículo 1.143, con lo que establece el 1.146

Previénese en este último la posibilidad de que el acreedor quite ó remita parcialmente la deuda, entendiéndose para ello con alguno de los deudores solidarios; y sin embargo, admite que, á pesar de dicha remisión ó quita, la deuda sea totalmente pagada por cualquiera de estos últimos. Es decir, que á pesar de haberse extinguido la obligación en parte, según el párrafo 1.º de dicho artículo 1.143, pueda hacerse efectiva totalmente como si no hubiera tenido lugar la referido extinción.

Claro es que debe suponerse que la ley no se refiere á un mismo acreedor, porque no es de presumir que permita cobrar en el todo aquello que él mismo ha extinguido ya en parte. Para admitirlo hubiera valido más no autorizar la extinción, pues es siempre perturbadora toda contradicción en la ley. Por esto creo que el art. 1.146 se refiere al caso en que, habiendo varios acreedores ó varios deudores, alguno de aquéllos quita ó remite en parte la deuda á alguno de los deudores, y luego otro de estos últimos paga totalmente á alguno de los demás acreedores.

En este caso, por lo menos, el pago total por uno de los acreedores puede ser realizado con ignorancia, y, por tanto, con buena fe respecto á la quita ó remisión parcial hecha por algún acreedor.

No hay ya aquello de autorizar al mismo acreedor á deshacer lo que él hizo, cobrando en todo lo que extinguió en parte; pero sí hay una oposición con la extinción preceptuada en el art. 1.143, toda vez que si la obligación ha quedado extinguida en parte, la realización total implica el pago de lo indebido.

La extinción de la obligación solidaria alcanza lo mismo á todos los interesados en el crédito relativo que á todos los deudores ó responsables de dicha obligación.

Si alguno de éstos, por error ó ignorancia, paga lo que no debe, la solución no debe ser, á mi juicio, contraria al deudor para mantener lo pagado con error, rehabilitando de esta suerte la obligación que se extinguió. Debe guardarse en este punto la eficacia sucesiva de los hechos jurídicos, para que una vez extinguida la deuda, aunque sólo sea parcialmente, no quepa realizarla más que en lo restante.

Ó declarar la extinción eficaz para todos, según se hace en el art. 1.143, ó prescindir de semejante precepto; y es preferible esto último, si al fin se han de desnaturalizar

los efectos de la extinción por la especie de rehabilitación que se establece por el art. 1.146.

Verdad es que este artículo sólo se refiere á la extinción derivada de la quita ó remisión; y vuelvo á preguntar: ¿Por qué esto, tratándose de la quita ó remisión, y no tratándose de la renovación, compensación ó confusión? ¿No hay para novar la misma libertad que para remitir ó quitar? ¿No puede suceder que los fraudes ó complicaciones que se traten de evitar mediante la excepción que se hace respecto á la quita, sean tantos ó quizás mayores que los que puedan derivar de alguna novación?

Muchas serían las observaciones que podría hacer con motivo de esta comparación. Me basta, no obstante, dejar simplemente indicada la inconsecuencia que, á mi juicio, resulta, limitando sólo á la quita, sin extenderlo á las demás causas por las cuales pueden modificarse ó extinguirse las obligaciones, los efectos á que se refiere el artículo 1.146 del Código, después de haber indicado ya que, aun respecto á ellas, se desnaturaliza, por lo menos entre los codeudores ó responsables de alguna obligación, la extinción de la misma que proclama el citado art. 1.143.

Así entiendo que no hay para qué establecer excepción alguna entre las diversas causas de extinción distintas de la que se circunscribe simplemente al pago ó cumplimiento de alguna obligación.

Tratándose, no de realizar el crédito, sino de modificar ó alterar la obligación, cuantas circunstancias puedan conducir á este último resultado deben ser reguladas bajo una misma doctrina. Más aún: deben quedar, como decía, entregadas únicamente á la gestión de los actos colectivos, y de ninguna manera abandonadas al interés particular de algún partícipe en el crédito común.

Artículo 1.148.—Una sola observación respecto á este artículo.

Puede decirse que afecta más á la redacción que á su

fondo; pues según se observa en la última parte de dicho precepto legal, parece como que admite un principio contradictorio con el que fundamentalmente caracteriza la doctrina de las obligaciones solidarias.

Habla, en cuanto á la deuda solidaria, de la responsabilidad en parte, y es sabido que precisamente aquel carácter lleva consigo la responsabilidad íntegra en el todo de la obligación.

No creo, sin embargo, que semejante rectificación de la referida doctrina fundamental, en materia de obligaciones solidarias, haya sido el propósito del legislador, y por esto considero que al establecer lo prevenido en el último párrafo del mencionado art. 1.148 ha querido el legislador sustentar la doctrina de que la obligación solidaria quedará extinguida en parte para todos los codeudores cuando por cualquier circunstancia deba cesar también en parte la responsabilidad de alguno de los mismos.

En este sentido he formulado la reforma á que se refiere el art. 2.491 del Proyecto, confiriendo, por él, valor general á semejante doctrina, para afirmar que la obligación solidaria se extingue, respecto á todos los codeudores, cuando alguno de ellos deje de ser responsable de la misma.

En este punto, ó, por mejor decir, en materia de obligaciones solidarias, estimo que no cabe admitir el fraccionamiento de la responsabilidad, ni tampoco que, respecto á una misma obligación, resulte distinta la responsabilidad de cada uno de los deudores.

Dada la subsistencia de la obligación, su alcance ha de ser igual para con todos. En esta integridad descansa, precisamente, el concepto de la solidaridad, y por ello no puedo menos de entender que si por circunstancias personales de alguno, su responsabilidad se reduce, á todos ha de alcanzar igualmente semejante reducción.

SECCIÓN QUINTA

De las obligaciones divisibles y de las indivisibles.

Pocos son los casos que el Código dedica al régimen de esta clasificación. Mas aun cabría añadir que quizás habría sido preferible haberlo limitado á uno solo, si al fin por él hubiera fijado el Código en qué consiste la nota de la divisibilidad ó indivisibilidad en las obligaciones.

Solicitado, sin duda, por doctrinas opuestas acerca de este punto, prefirió guardar silencio, dejando el asunto en un estado de indeterminación legal, que si sería comprensible habiendo optado por omitir esta clasificación, á semejanza de lo hecho en lo relativo á las obligaciones conjuntivas, determinadas é indeterminadas y otras cuyas respectivas clasificaciones aparecen en el Proyecto, no se penetra fácilmente al observar que, no obstante su silencio respecto al valor legal de dicha clasificación, formula varios preceptos (los pocos que contiene dicha quinta sección) acerca de sus efectos.

Es íntima, como se comprende, la relación que necesariamente existe entre el concepto peculiar de la naturaleza de la obligación y el de los efectos que está llamada á producir, siendo por lo mismo difícil que resulte acertado cuanto acerca de esto se establezca, si respecto á lo primero no se ha conseguido un verdadero criterio.

Ni el que en lo relativo á este punto presidía en el Proyecto de 1851, que hacía depender la divisibilidad ó indivisibilidad de las obligaciones (art. 1.071) de la circunstancia de que admitiera ó no división el objeto ó la cosa en que consiste su utilidad, ni el que hace descansar aquella condición de las obligaciones en el vínculo bajo el cual resulte establecido su carácter colectivo, ó la mancomunidad entre los acreedores, fueron, por lo visto, criterios dignos de estimación en el Código Civil, aun cuando

pueda afirmarse que lo prevenido en el párrafo primero del art. 1.151 de dicho cuerpo legal resulta informado más bien en el propio sentido del Proyecto de 1851, desde el momento que atribuye á la posibilidad del cumplimiento parcial el carácter divisible de las obligaciones.

Como el Código no dice si esta nota ó condición, de que propiamente hace depender el carácter divisible ó indivisible de las obligaciones, la considera simplemente en la esfera de la materialidad de su objeto, ó en la naturaleza y forma de las prestaciones de la que ha de depender, en su caso, la posibilidad ó imposibilidad de obligar al acreedor á admitir parcialmente el cumplimiento, parece como que el Código estima divisible á una obligación sólo por el hecho de poder ser realizadas parcialmente las prestaciones en que ha de consistir su cumplimiento, pero independientemente de que quepa ó no exigir al acreedor la admisión separada ó aislada de cada una de aquéllas.

No es extraño que el Código no fijara más señaladamente su atención respecto á la diferencia importante que existe entre la posibilidad de hecho ó de derecho respecto al cumplimiento total ó parcial de alguna obligación.

Si hubiera establecido el régimen de las obligaciones conjuntivas, distinguiendo acerca de ellas los efectos derivados de la simultaneidad necesaria ó de la falta de la simultaneidad en la realización de las prestaciones en que ha de consistir su cumplimiento, es bien seguro que no sólo no se habría limitado á consignar lo que dispone dicho párrafo primero del citado art. 1.151, confiriéndole un valor jurídico meramente relativo, según así lo expresa con las palabras "para los efectos de los artículos que preceden", sino que habría formulado resueltamente la doctrina de la divisibilidad ó indivisibilidad de las obligaciones, haciéndola descansar, conforme aparece en el art. 2.549 del Proyecto, en la singularidad de la prestación ó en la simultaneidad de las prestaciones, cuando sean

varias las que constituyan el objeto de alguna obligación.

Por más que en la obligación puedan entrar como elementos importantísimos las cosas que hayan de servir como medio para la prestación, y la forma mediante la cual resulten interesados los deudores ó los acreedores, cuando son varios, lo esencial para la responsabilidad del obligado radica en la prestación misma, y á ella hay que atenerse para fijar, según su naturaleza, su carácter divisible ó indivisible.

Ya el Código reconoce, por su art. 1.149, que no es la divisibilidad ó indivisibilidad de las cosas la que ha de servir de norma para fijar la divisibilidad ó indivisibilidad de las obligaciones, por más que sea sensible que esta doctrina general, de verdadera aplicación cualquiera que sea el número de los interesados en la obligación, la refiera únicamente á aquellas en que hay un solo acreedor y un solo deudor, por lo cual he considerado que era conveniente, según se declara asimismo en algunos Códigos extranjeros, establecer como complemento del precepto (art. 2.548 del Proyecto), que fija la naturaleza de la obligación según la respectiva responsabilidad que determina su título constitutivo, establecer que la solidaridad en la responsabilidad no confiere á la obligación carácter indivisible y que tampoco la indivisibilidad de la obligación la convierte en solidaria.

Sobre esto último también el Código, aunque de un modo indirecto, lo reconoce explícitamente en su art. 1.150, al ocuparse de la obligación indivisible mancomunada; pero sus declaraciones, como decía, revisten en este punto verdadera vaguedad, por no haber comprendido un precepto por el cual se defina lo que propiamente constituye la divisibilidad ó indivisibilidad de las obligaciones, con entera separación de lo característico de esta condición en las cosas y de la forma colectiva de la responsabilidad ó del interés de los acreedores en alguna obligación.

SECCIÓN SEXTA

De las obligaciones con cláusula penal.

El solo epígrafe de esta clase de obligaciones, y muy especialmente los efectos que están llamadas á producir, según lo prevenido en los artículos 1.154 y 1.155 de nuestro Código Civil, demuestra que esta clasificación no responde á condiciones especiales de los elementos constitutivos de las obligaciones, sino á la relación entre obligaciones distintas, que por razón de su respectiva dependencia, da lugar á que una de ellas se califique con el nombre de obligación principal.

Aparece este calificativo en los preceptos del Código, como tantos otros cuyo tecnicismo no resulta calificado en el nuevo cuerpo legal.

Así es que, sin previa preparación respecto al valor jurídico del carácter principal y accesorio en las obligaciones, así como del que entre estas últimas es peculiar de las obligaciones de garantía, y de la naturaleza especial y respectivo alcance de las mismas, puntos todos acerca de los cuales puede verse en el Proyecto (Sección cuarta del cap. II, tít. II, lib. III), la debida ordenación de su materia jurídica y su enlace con los demás términos que comprende la clasificación general de las obligaciones, aparecen en el Código las llamadas obligaciones con cláusula penal con cierta falta de precisión en lo relativo á sus efectos y con la deficiencia que he procurado suplir por los artículos 2.563 y 2.564 del Proyecto.

Muestra de lo primero la ofrece á simple vista el párrafo segundo del art. 1.152 del Código Civil, estableciendo que sólo podrá hacerse efectiva la pena "cuando ésta fuere exigible conforme á las disposiciones del presente Código".

Cuál haya sido el pensamiento del legislador al formular esta disposición, no es fácil averiguarlo.

Lo natural habría sido que precisamente en esta Sección sexta, en que se trata de la cláusula penal ó de las obligaciones así llamadas, hubiese concretado el Código las circunstancias relativas á la exigibilidad de la pena pues de sobra se penetra que cuando en dicho lugar no resulta establecida la doctrina correspondiente, menos ha de resultarlo en las partes del Código en que por incidencia ha de verse obligado á tratar de semejante clase de responsabilidades.

¿Cómo han de encontrarse en el Código disposiciones referentes á la exigibilidad de la pena, si de ella no se ocupa en ninguna parte?

De creer es, por lo mismo, que debió haber un error de redacción al formular la disposición mencionada; porque de otro modo, ni podría saberse si el Código hace referencia á otras disposiciones distintas que regulen especialmente la exigibilidad de la pena, ó si se refiere á aquéllas que regulan la exigibilidad de la indemnización de daños que la pena está llamada á sustituir, como si el transcrito precepto hubiese dicho que sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando la indemnización de daños sea exigible, conforme á las disposiciones del Código, ó si su referencia se dirige á fijar la necesidad de que sea, ante todo, exigible la obligación principal, teniendo presente que no hay, en realidad, términos hábiles para suponer falta de cumplimiento en ésta última, si por lo menos no concurren las condiciones necesarias, según el Código, para que sea exigible.

¿Cuál de estas versiones habrá sido la que haya inspirado el referido párrafo 2.° del art. 1.152?

Lo natural y lógico es considerar que haya sido la última, ó sea lo relativo á la obligación principal, y en su caso, lo referente también á la indemnización.

De otro modo, como decía, carece de sentido la disposición expresada, y por esto he formulado en mi Proyecto (art. 2.562) la modificación que en este punto se observa.

No son menos indispensables las dos adiciones que igualmente dejo indicadas.

Aunque ya el Código califica la pena como sanción (naturalmente civil) de la falta de cumplimiento de la obligación, establece, no obstante, que la pena sustituye en tal caso á la indemnización de daños y al abono de intereses, pues si bien consigna la salvedad de que no se haya pactado cosa distinta, es lo cierto que mientras esté llamada á producir los efectos de dicha sustitución, vendría necesariamente regulada por las condiciones de que depende la exigibilidad de la indemnización sustituída por ella.

Pues bien; en este sentido es visto que la indemnización de perjuicios, en tanto se debe, en cuanto se hayan realmente causado y sean debidamente apreciados.

La materia relativa á la prueba del perjuicio sufrido podría afectar de tal modo á la eficacia de la cláusula penal, que hiciera desaparecer su valor jurídico sin aquella prueba indispensable para la indemnización que estuviera llamada á sustituir.

Así lo confirmaría doblemente cuanto acabo de referir acerca del segundo párrafo del art. 1.152 del Código, y por lo mismo, si el legislador se propuso, como corresponde al valor jurídico de la cláusula penal de las obligaciones, hacer depender su eficacia única y exclusivamente de la falta de cumplimiento, era preciso establecer completa independencia entre dicha falta y cualquier perjuicio que pudiera atribuírsele, para que, sin necesidad de prueba acerca del hecho de no haberse sufrido alguno, y aun cuando se probase no haber existido perjuicio, quepa llevar á cabo la responsabilidad derivada de la cláusula

penal una vez que haya dejado de cumplirse la obligación principal.

Por lo demás, sin que necesite de otra cosa que de su simple indicación, desde luego se comprende que si el incumplimiento de la obligación principal es debido á culpa ó negligencia del acreedor, ni en justicia, ni en equidad cabe hacer responsable al deudor de la sanción que lleva consigo la cláusula penal; pero fácilmente se ve que esto requiere disposición expresa, cual la que contiene el Proyecto en el art. 2.564, para suplir el silencio del Código en punto tan importante y, sobre todo, cuando, si bien se ha mostrado solícito para regular la mora ó culpa del deudor al tratar de la naturaleza y efecto de las obligaciones (cap. II, tít. I, lib. IV), nada se ha establecido en dicha parte general acerca de la culpa ó negligencia del acreedor como causa de la falta de cumplimiento de cualquiera obligación.

ÍNDICE

DE LA

PARTE ESPECIAL DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

PÁGS.

PÁGS.